

UNIVERSAL
LIBRARY

OU_232540

UNIVERSAL
LIBRARY

راز کتاب عنایه

شرح هدایه

جلد ثالث از کتاب البیوع

از کتاب المضاربه من تصنیف مولانا محمد اکمل الدین ابن محدود

ابن احمد الحنفی بمقابله کتب متعدده

مولوی حافظ احمد کبیر و مولوی فتیہ علی و سر اسحاق محمد و

و مولوی نور الحق و مولوی محمد کلیم

باہتمام بابو منشی رام دھن سین

در بلده کلکتہ

بمطبع اید و کیشن درسند ۱۲۲۵ ہجری

مطابق سنہ ۱۸۳۰ عیسوی

بقالب طبع درآمد

فقط

۱۲۲۵

(فهرس النعمانية شرح الهداية)

باب كفالة العبد وعنه	٣٠٩	كتاب البيوع	١٠٠
كتاب الحوالة	٣١٢	فصل ومن	٢٠
كتاب ادب القاضي	٣٢١	كتاب الشراء	٣٠٠
باب في الحبس	٣٣٥	باب	١٠٠
كتاب القاضي الى القاضي	٣٤١	باب	٦٣
فصل آخر	٣٤٨	باب اشيع الفاسد	٨٨
باب التحكيم	٣٥٠	باب احكامه	١٢٢
مسائل شتى من كتاب القضاء	٣٥٠	باب ما يكره	١٣٤
فصل في القضاء بالمواريث	٣٧١	باب راقلة	١٣٩
فصل آخر	٣٨٤	باب المراهقة والتوايه	١٤٥
كتاب الشهادات	٣٨٤	فصل ومن اشترى شبهه ما ينقل نقلا حسيا	١٥١
فصل وما يتحمله الشاهد	٣٨٥	باب الربوا	١٦٣
باب من تقبل شهادته	٣٨٥	باب الحقوق	١٨٥
باب الاجتلاف في	٣٨٥	باب الاستحقاق	١٨٧
فصل في الشهادة على الارث	٤٣٢	فصل في بيع الفضولي	١٩١
كتاب الشهادة على الشهادة	٤٣٣	باب	٢٠١
باب في ساعد	٤٤٠	مسائل	٢٣٠
كتاب الرجوع	٤٤٢	كتاب الصرف	٢٣٩
الوكالة	٤٤٢	كتاب الكفالة	٢٥٧
باب في البيع والشراء	٤٦٥	فصل في الضمان	٢٩٧
باب كذا الرجلين	٤٦٥	باب كذا الرجلين	٣٠٥

٦٠٨	باب اقرار المريض	٤٨٣	فصل في التوكيل بشراء نفس العبد
٦١٤	فصل ومن اقرب غلام	٤٨٧	فصل في السيف
٦١٧	كتاب الصلح	٤٩٥	فصل في وكالة الاثنين
٦٢١	فصل الصلح جائز عن دعوى	٥٠٠	باب الوكالة بالخصومة والقبض
٦٣١	باب التبرع بالصلح والتوكيل به	٥١٢	باب عزل الوكيل
٦٣٣	باب الصلح في الدين	٥١٨	كتاب الدعوى
٦٣٧	فصل في الدين المشترك	٥٢٥	باب
٦٤٣	فصل في التخارج	٥٣٥	فصل في فية اليمين والاستحلاف
٦٥٦	كتاب المضاربة	٥٣٧	باب التحالف
٦٥٨	باب المضارب يضارب	٥٥٣	فصل من لا يكون خصما
٦٦٠	فصل واذا شرط المضارب	٥٥٦	باب من لا يكون خصما
٦٦١	فصل في العزل والقسمة	٥٧٣	فصل في تنازع بالأيدي
٦٦٤	فصل في ما يفعله المضارب	٥٧٨	باب دعوى النسب
٦٦٩	فصل آخر	٥٨٩	كتاب الاقرار
٦٧١	فصل في الاختلاف	٥٩٦	فصل
		٥٩٨	باب الاستثناء وما في معناه

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع
لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقريق العباد شرع في بيان ما بقي منها *
وذكر البيوع بعد الوقف لان كلامهما مزيل للمالك * والبيع في اللغة مبادلة المال بالمال
وزيد عليه في الشرع فقييل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب *
وهو من الاصداد لغة واصطلاح يقال باع الشيء اذا شرده واشتراه ويقال باعه الشيء بغير مبيع *
ولاشتماله على الانواع الاتي ذكرها جمعه * وجواره ثابت بالكتاب بقول الله تعالى
واحل الله البيع وحرم الربوا * وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون
فقررهم على ذلك والتقريب احد وجوه السنة * وبالاجماع فانه لم ينكره احد من الملّين
وغيرهم * وبالمعتول وهو سبب شرعيته فان تعاقب البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك
وقد بينا ذلك في التقرير * وركنه الايجاب والامتناع على ذلك * وشرطه
من جهة العاقلين العقل والتمييز * ومن جهة المحل كونه متصرفا في التصرف والتسليم *
وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا * فذلك هو المصروف في البيوع
في المبيع قبل القبض بالبيع فانه ممتنع مع كونه ما كاله لان ذلك التصرف ليس بضرعي
مطلقا نهى النبي عليه الصلوة والسلام عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقتضون من شرعية البيع *

(كتاب البيوع)

ومد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القليل وملك المنفعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن * وأنواعه باعتبار المبيع المعتق السلع بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين ويسمى مطلقاً وبيع الدين بالدين اعني التمن بالدين كبيع القدين ويسمى صرفاً وبيع الدين العين ويسمى سلماً * وباعتبار الثمن بذلك * المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق والمراوحة والتولية والوضيعة وسيأتي تفسيرها * **قوله** البيع يعتد بالاجاب والقبول الانعقاد لها تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعاً علياً وجدياً يظهر اثره في المحال * والاجاب الاثبات وسمي ما تقدم من كلام العاقدين اجاباً لانه يثبت للآخر خيار القبول اذا قبل يسمى كلامه قبولاً و الاختلاف في وجه تسمية الكلام المتقدم اجاباً والمأخر قبولاً * وشرطه ان يكون الاجاب والقبول بلنظيرين ماضيين مثل ان يقول الموجب بيعت والمحجب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به * اما ان البيع انشاء فلا اثر الاثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة * واما كونه شرعياً فلان الكلام في البيع شرعاً * واما ان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقى الامور الشرعية لا يكون الا منه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فيعتقد به هذا تقرير كلام الشيخ رح * ولا بد من ضم شيء الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلنظ الماضي والا لا يتم الدليل وهو ظاهر * **قوله** ولا يعتد بلنظيرين احدهما لنظ المستقبل وانما لا يعتد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لنظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوه ان الانعقاد مقتضرا عليه ولا يرنظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدل بيع وان كان من جانب المشتري كان مساومة * قبل هذا اذا كان اللفظان واحدهما مستقبلاً بذكر نية الاجاب في الحال * واما اذا كان المراد ذلك فيعتقد البيع واستند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح المحاوي * ثم قبل في تعليقه لان صيغة الاستقبال تحتل الحال فصحت النية

(کتابُ البیوع)

فصححت النية * وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوز * وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين او سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضعه ان * فان اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل * وان اراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز ان يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لانها انما تعمل في الاحتمالات لا في الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا يعتقد به لبا من الاثر والمعقول * لا يقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو العدة لا الارادة الحقيقية لان المجهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لان الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع للمعقول دون الاثر والمعقول * فان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي * فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو لفظ الماهي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية * **قوله** بخلاف النكاح يعني انه يعتقد بذلك فان احدهما اذا قال زوجني فقال لا يجوز زوجتك انعقده وقدم الرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح * **قوله** وقوله رضى او اعطيتك هذا لبيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بيع واشتريت بل كل ما دل على ذلك يعتقد به فاذا قال بيعت منك هذا بكذا فقال رضى او اعطيت اى الثمن او قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضى او اعطيت اى المبيع بذلك الثمن انعقد لا فائدة للمعنى المقصود وكذا ان قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه يعني بيعت بذلك فخذ لانه امره بالاعخذ بالبدل لا بالبيع الا بالبيع فقد ربيع اقتضاء * فصار كل ما يردى معنى بيعت واشتريت سراء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعترف في هذه العقود وقيدة ذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا يعتقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يبين ما يرضيه وهذا اى ولكون المعنى

(كتاب البيوع)

هو المعتبر في هذه العقود بنقد البيع بالتعاطي في التمسك والخسب لتحقق المقصود وهو التراضي وقوله هو الصحيح احتراز عما قاله الكرخي البيع بنقد التعاطي في الخسب كالقبول وامثاله * ثم ان محمداً راجحاً اشار في الجامع الصغير الى ان تسليم المبيع يكفي في تحققه * **قوله** واذا اوجب اذا ائال البائع مثلاً بعتك هذا بكذا اذا اخرج بالخيار ان شاء قال في المجلس قبلت وان شاء ردوه هذا يسمى خيار القبول وهذا لا بد له لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول لكان مجبوراً على احدى ما وانتفى التراضي فما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خلف * واذا كان الجواب احدى ما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للزوج ان يرجع عن الجواب لعلوه عن ابطال حق الغير * فان قيل سلبنا ان الجواب احدى ما لم يفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم يخصص في ذلك فان حق التملك ثبت للمشتري بالجواب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خالياً عن ابطال حق الغير * فالجواب ان الاجاب اذا لم يكن مفيداً للحكم وهو الملك كان الملك حقيقته للبائع وحقه لملك المشتري وان سلم ثبوته بالجواب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من الحق لامكانه * ولا ينتقض بها اذا نفع الزكوة الى الساعي قبل الحول فان المزكي لا يرد على الاسترداد لتعلق حق القبر بالمدفون لان حقيقة الملك زالت من المزكي فعلى الحق عملاً لا قضاء ما هو اقوى منه * **قوله** وانما يمتد الى آخر المجلس يجوز ان يكون جواباً عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الاجاب عقب حلوه عن القبول او لم لا يتوقف على ما وراء المجلس * وتقرير الجواب ان في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسراً للمشتري وفي ابقائه فيما وراء المجلس عسراً للبائع وفي التوقف على المجلس يسرايهما جميعاً والمجلس جامع للمتنرفعات كما تقدم في اول الكتاب فجمعت ساعاته واحدة دفعة للعسر وتحقيقه ليسر * فان قيل لم يكن الخلع والعنق على مال كذلك * فالجواب انهما اشتملا على البمين من جانب الزوج والمولى فكان

(كتاب البيوع)

والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فيتوقف الاجاب فيهما على ما وراء المجلس *
قوله والكتاب كالحطاب اذا كتب اما بعد فقد بعثك عبدى فلانا بالف درهم او قال لرسوله
بعث هذا من فلان الغائب بالف درهم فاذهب واخبره بذلك فوصل الكتاب
الى المكتوب اليه او اخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشترت
او قبلت ثم الميع بينهما لان الكتاب من الغائب كالحطاب من الحاضر * لان النبي
صلى الله عليه وسلم كان يبيع تارة بالكتاب وتارة بالحطاب فكان ذلك سواء في كونه مبلغا
وكذلك الرسول معبر وسفير لنقل كلامه اليه * **قوله** وليس له ان يقبل في بعض الميع
يعني اذا اوجب البائع البيع في شئين فصاعدا و اراد المشتري قبول العقد في احدهما
لا غير فان كانت الصفة واحدة ليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة
فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردي في البياعات ويتقصون عن ثمن الجيد
لترويج الردي به فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما قبل المشتري العقد في الجيد
وترك الردي فيزول الجيد عن يد البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر للبائع لا محالة *
وهذا التعليل في الصورة الموضوعية صحيح * واما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بالف
مثلا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه ان يقال يتضرر البائع بسبب الشركة *
فان قيل فان رضى البائع في المجلس هل يصح اولا * اجيب بان التدويري قال انه يصح
ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استيناف الاجاب لا قبول او رضى البائع قبولا
وقال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن
كما في الصورة المذكورة وفي التمييزين باعها بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء
فيكون حصة كل بعض معلومة * فاما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد
بقبول احدهما وان رضى البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كسابا تي *
وان كانت الصفة متفرقة فله ذلك لانقاء الضرر من البائع واليه اشار بقوله الا اذا بين ثمن

(كتاب البيوع)

كل واحد لانه صفقات معنى والصفة ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه * واعتقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتري وبيع وشراء واتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقتها يحصل اتحاد الصفة وتفرقتها * واذا اتحد الجميع اتحاد الصفة * وكذا اذا اتحد الجميع سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت * واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما بمائة فقال قبلت اتحدت احدى الصفتين والآخر باربعين وذلك يكون صفة واحدة ايضا * واتحاد الجميع سوى البائع كان قال بعنا منك هذا بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفة * واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال بعته منك بمائة فقال قبلنا كذلك * وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفة * وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ البيع وكذلك وكذا اتفرقتهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا * واما اذا تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع وكذا اذا اتفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا والاستحسانا * وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة رح ويوجب على قول صاحبيه رح * قوله وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الاجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء ردوه واهو اشارة الى ان رد الاجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا والدلالة تعدل عمل الصريح * فان قبل الدلالة تعدل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وهما لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجم على الدلالة * اجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الاجاب والقبول ثم البيع وان لم يكن لواحد من العاقدين الخيار الامن عيب او عدم رؤية خلافا للشافعي رح فانه اثبت لصحل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضی صاحبه مالم يتفرقا بالابدان * واستدل على ذلك بقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا فان

فان التفرق عرض فيقوم بالجوهرو هو الابدان * ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر
وهو لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره
وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قولهما وبعد قولهما وبعد كلام الموجب
قبل قبول الموجب واطلاق المتبايعين في الاولين مجازا باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه
والثالث حقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه * والفرق بينهما
ان احدهما مراد والآخر محتمل للارادة * لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان
متبايعين بعد وجود كلاهما لان الباقي بعد كلامهما حكم كلاهما شرعا لا حقيقة كلاهما
والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن ابراهيم النخعي رح * وقوله والتفرق تفرق
الاقوال جواب عما يقال التفرق عرض فيقوم بالجوهرة * ولنا ان يقول حمل التفرق على
ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون اسناد التفرق
اليهما مجازا فواجه ترجيح مجازكم على مجازهم * واجيب بان اسناد التفريق والتفرق
الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب فسخ الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة * قال الله تعالى
وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ الْآيَةَ وَقَالَ لَانْفِرَ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رَسُولِهِ وَالْمُرَادُ التَفَرُّقُ فِي الْإِعْتِقَادِ
وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سَتَفَرَّقُ أُمَّتِي عَلَى ثَلَاثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً وَهَذَا أَيْضًا فِي الْإِعْتِقَادِ * وفيه نظر
لان المجاز باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه ايضا كذلك * على ان ذلك يصح على مذهب
ابي يوسف ومحمد رح لا على مذهب ابي حنيفة رح فان الحقيقة المستعملة الاولى
من المجاز لا تعرف عنده * ولعل الاولى ان يقال جملة على التفرق بالابدان والى جهالة
اذ ليس له وقت معلوم والاغاية معروفة فيصير من اشباه بيع المناذرة والملازمة وهو مقطوع
بفساده وهما معني قول مالك رح ليس لهذا الحديث حد معروف * ونقول التفرق
يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك المنطقي ونرجح جهة التفرق بالاقتوال به اذ كرنا
من اداء جملة على التفرق بالابدان الى الجهالة * وهذا التأويل اعني حمل التفرق على الاقوال

(كتاب البيوع)

كل واحد لانه صنفات معنى والصفة ضرب البدل على البدل في البيع ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه * والعقد يحتاج الى مبيع وثن وبائع ومشتري وبيع وشراء واتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفة وتفرقها * واذا اتحد الجميع اتحاد الصفة * وكذا اذا اتحد الجميع سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت * واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما بمائة فقال قبلت احدهما بستين والاخر باربعين وذلك يكون صفة واحدة ايضا * واتحاد الجميع سوى البائع كان قال بعنا منك هذا بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفة * واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال بعته منك بمائة فقالا قبلنا كذلك * وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفة * وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ البيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا * واما اذا تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بالانكبر لفظ البيع وكذا اذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا واستحسانا * وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة رح ويوجهه على قول صاحبيه رح * **قوله** وايهما قام عن المجلس قبل التبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهو اشارة الى ان رد الايجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا والدلالة تعدل عمل الصريح * فان قبل الدلالة تعدل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة * اجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الايجاب والقبول ثم البيع واُزِم وليس لواحد من العاقدين الخيار الا من عتب او عدم رؤية خلافا للشافعي رح فانه اثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضی صاحبه مالم يتفرقا بالابدان * واستدل على ذلك بقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا فان

(كتاب البوع)

فان التفرق عرض فيقوم بالجوهرو هو الابدان * ولنا ان في التسخ ابطال حق الآخر
وهو لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره
وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قولهما وبعد قولهما وبعد كلام الموجب
قبل قبول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه
والثالث حقيقة فيكون مراد او يحتمل ان يكون مراد افحمل عليه * والفرق بينهما
ان احدهما مراد والآخر محتمل للارادة * لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان
متبايعين بعد وجود كلاهما لان الباقي بعد كلاهما حكم كلاهما شرعا لا حقيقة كلاهما
والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن ابراهيم النخعي رح * وقوله والتفرق تنزق
الاقوال جواب عما يقال التفرق عرض فيقوم بالجوهرة * ولقائل ان يقول حمل التفرق على
ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون اسناد التفرق
اليهما مجازا فمواجهه ترجيح مجازكم على مجازهم * واجيب بان اسناد التفريق والتفرق
الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة * قال الله تعالى
وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ الْآيَةَ وَقَالَ لَاتُفَرِّقَ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ والمعاد التفرق في الاعتقاد
وقال عليه الصلوة والسلام ستفترق امتي على ثلث وسبعين فرقة وهذا ايضا في الاعتقاد * وفيه نظر
لان المجاز باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه ايضا كذلك * على ان ذلك يصحح على مذهب
ابي يوسف ومحمد رح لا على مذهب ابي حنيفة رح فان الحقيقة المستعملة اولى
من المجاز لما عرف عنده * ولعل الاولى ان يقال جملة على التفرق بالابدان الى جهالة
اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المناذرة والملاسة وهو مقطوع
بفساده وهذا معنى قول مالك رح ليس لهذا الحديث حد معروف * ونقول التفرق
يطلق على الاعيان والمعاني بالاشراك اللطفي ونرجح جهة التفرق بالاقوال به اذ كرنا
من اداء جملة على التفرق بالابدان الى الجهالة * وهذا التأويل اعني حمل التفرق على الاقوال

(كتاب البيوع)

منقول من محمد بن الحسن ر ح * **قوله** والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع الاعواض المشار اليها ثمن كانت او مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف الثاني للجهالة المفضية الى المنازعة من التسليم والتسلم الذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف فيه لا تقضي الى المنازعة لوجود ما هو اقوى منه في التعريف وكون التقابض نا جزا في البيع بخلاف السلم على ما سيأتي * وهذا انما يستقيم اذا ما لم يكن الاعواض ربوية ما اذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربو * وانما لم يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربو وهذا الباب ليس لبيان * **قوله** والائمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة الاثمان المطلقة من الاشارة لا يصح بها العقد الا ان تكون معلومة القدر عشرة ونحوها * والصفة ككونه بخاريا او سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكلما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع * **قوله** ويجوز البيع بثمن حال قال الكرخي ر ح المبيع ما يتعين في العقد * والثمن ما لا يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي ر ح في البيع وهو ثمن بالاتفاق * وقال ابو الفضل الكرمانى في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن القراء * وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن * وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز من المستاجر فانه انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على احد طرفي اصحابنا في الاجارة * والثمن ما يقبله وينقسم كل منهما اي الثمن والمبيع الى محض ومتردد * فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى اجل بدلا من ثمن فانها ائمان * وليس اشتراط الاجل لكونها ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة * والثمن المحض هو ما خلق للتمنية كالدراهم والدنانير * والمتردد بينهما

(كتاب البيوع)

بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها *
 ائمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلهما التقدان فهي مبيعة وان قابلهما عين وهي
 معينة فهي مبيعة وائمان ايضا لان البيع لا بد له منهما وليس احدهما اولى بان يجعل مبيعا
 من الآخر فجعل كل واحد مبيعا وثننا * ولان كانت اعني المكيلات والموزونات غير معينة
 فان دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت هذا العبد بكذا حطة وقد وصفها كانت ثننا *
 وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكبر بهذا العبد كانت مبيعة ولا يصح الاسلام
 بشرطه هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع * واقول الاعيان ثلثة * نقود اعني الدراهم
 والدنانير * وسلع كالتياب والدور والعبيد وغير ذلك * ومتدرات كالمكيلات والموزونات
 والعدديات المتقاربة * وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثن المحض *
 وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثننا والتمييز في اللظ بدخول الباء وعدمه * **قوله**
ومؤجل البيع بالثن الحال والمؤجل جائز لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا
ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهدهد رعه لكن لا بد
ان يكون الاجل معلوما لئلا ينضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسليم قريب
يطالبه البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخره الى بعيدا * **قوله** ومن اطلق الثمن في البيع كان
 على غالب نقد البلد ومن اطلق الثمن عن ذكر الصفة دون النقد كان قال اشتريت
 بعشرة دراهم ولم يقل بخاربا او سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد فان كانت
 في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا ان يبين احدها واعلم اني
 اذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم انزلها
 على متن الكتاب حلاله فاني ما وجدت من الشارحين رح من تصدى لذلك
 على ما ينبغي * فاقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما ان يكون الاختلاف في المالبية
 وفي الرواج او في المالبية دون الرواج او في الرواج دون المالبية او لا يكون في شيء منهما

(كتاب البيوع)

ل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلاً * فان كان الاول جاز البيع وانصرف
لى الاروج * وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم
التسلم * وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريماً للجواز * وان كان الرابع
فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم * واذا عرف هذا
نقوله فان كانت النقود مختلفة يعني في المالبية كالذهب المصري والمغربي فان المصري
افضل في المالبية من المغربي اذا فرض استواءهما في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة
تفضي الى النزاع اشارة الى القسم الثاني الان ترفع الجهالة ببيان احدهما فتح يجوز **وقوله**
او يكون احدها غلب واروج فحينئذ يصرف البيع اليه تحريماً للجواز اشارة الى القسم الاول
والي القسم الثالث لان كون احدها اروج اعم من ان يكون مع اختلاف في المالبية ومع استواء
والبيع جائز فيهما **وقوله** هذا اي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالبية يعني مع الاستواء
في الرواج اشارة الى القسم الثاني اعادة للتشيل بقوله كالتثائي وهو ما يكون الاثنان منه
دائماً والتثائي وهو ما يكون الثلاثة منه دائماً والنصرتي اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصري
بيخاري والاختلاف بين العدالي بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر بسمون الدرهم عدليا
وكل هذا مختلف في المالبية مع تساوي في الرواج **وقوله** فان كانت سواء فيها اي
في المالبية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزاء الشرط **وقوله** جاز البيع
اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا اي المتأخرون من المشائخ رح ويصرف اسم الدراهم
الى ما قدره من المقدار كعشرة ونحوها من اي نوع كان من غير تقييد بنوع معين
لانه لامنازعة لاستوائهما في الرواج ولا اختلاف في المالبية وظهر من هذا انعقاد كلام الشيخ رح
فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالبية ومثاله وهو قوله كالتثائي بالشرط وهو قوله
فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالتثائي الى قوله
جاز * ولا يستقيم ان يجعل قوله كالتثائي الى آخره متعلقاً بقوله فان كانت سواء لان ما كان

ما كان اثنان منه دانقا وما كان ثلاثة منه دانقا لا يكون في المالة سواء لكن يمكن ان يكون في الرواج سواء * هذا ما سمح لي في حل هذا الموضع والله اعلم بالصواب * **قوله** ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفنا وسيأتي في الوكالة * وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وامثالهما كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه او بخلافه واذا بيع مجازفة فان كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا بخلاف جنسه لقوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعا كيف شئتم * لا يقال لادلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث * ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا * **قوله** ويجوز بائنا بعينه انه باع الطعام او الحبوب بائنا بعينه او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز لان الجهالة المانعة ما تنضي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع معجل فيندر هلاك كل منهما اي من الاناء والحجر قبل التسليم * قيل يشكل على هذا ما اذا باع احد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام يأخذ ايهما شاء ويرد الباقي او اشترى باي ثمن شاء فان الجهالة لم تقض الى المنازعة والبيع باطل * وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسد للعقد وهذا النزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد ان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا لمعنى آخر وهو عدم المعتقد عليه لكونه غير عين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية * وروي عن ابي يوسف رح ان الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكس بالكبس كالثقعة ونحوها ما اذا كان مما ينكس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز بائنا مجهول القدر وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله

(كتاب البيوع)

ليتحقق المنازعة ومن ابي حنيفة ربح في رواية الحسن بن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او بذكرا القدر ففي المجازفة المفقود عليه هو ما يشار اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المفقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فان الترضع من المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يسم شيء من القدر والاول اصح يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتباعد عن المجازفة وظهر يعني من حيث الرواية * **قوله** ومن باع صبرة طعام اذا قال البائع بعنك هذه الصبرة كل فتبزردهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان او بالكيل في المجلس **اولا** * فان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فيها من القفزان * وان كان الثاني فالبيع فتبزردهم عند ابي حنيفة ربح وجملة القفزان كالاول عندهما *

لابي حنيفة ربح ان صرف اللظ الى الكل متعذرا لجهالة المبيع والشن جهالة تفضي الى المنازعة لان البائع يطلب تسليم الشن **اولا** والشن غير معلوم فيقع النزاع واذ تعذر الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد الامرين المذكورين فيجوز لان سمات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم * فان قيل سلمنا انعقاده فاسد الكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكم اجل مجهول او شرط الخيار اربعة ايام * اجيب بان الفساد في صلب العقد قوي بمنع من الانقلاب ويقيده بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لامر عارض فلا ينقيد بالمجلس لضعفه بظهور اثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل * ولهما ان هذه جهالة ازالنها في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع * اما ان ازالنها بايديهما فلانها ترتفع بكيل كل منهما * وقيد بقوله بيدهما احتراز عن البيع بالرغم فانه لا يجوز لان ازالنها اما يبيعه البائع ان كان هو الراقم او بيد الغير ان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالنها * واما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبد بن علي

(كتاب البيوع)

على ان المشتري بالخيار واجب لابي حنيفة رح ان القياس فيه الفساد ايضا الا ان يجوزناه
استحسانا بالنص معناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سأتى فيكون ثابتا بدلالة النص
والاستحسان بالنص لا يتعدى الى غيره فلهذا لم يجوز ابو حنيفة رح فيما نحن فيه قياسا
واستحسانا ثم اذا جاز البيع في قبض واحد عند ابي حنيفة رح كان للمشتري الخيار لتفريق
الصفة عليه دون البائع لان التفريق وان كان في حقه ايضا لكنه جاء من قبله بالامتناع
عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به * وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم وما اذا لم يعلم بها
فالوجه انه نزل منزلة من باع مالم يره لما يأتى فلا خيار له * وفيه بحث اما اول فلان
تفريق الصفة لو استلزم الخيار لا طرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالف
ثم اشترى احدهما الكل بخمسائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز
في نصيبه ولا خيار له فهنا تفرقت الصفة ولم يوجد الخيار * واما ثانيا فان قياس قول
ابي حنيفة رح ان لا يخبر المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد بعلمه كما لو اشترى
قناعا مع مدبر فانه لا خيار له في القن لعلمه ان البيع ينصرف اليه والحاصل ان الخيار موجب
التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشتري يقبل البعض
وليس كذلك ههنا على قول ابي حنيفة رح * والجواب عن الاول انا لانسلم
تفريق الصفة لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا
وانما وقع على نصيب شريكه لا غير لان في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع باقل مما باع
قبل نقد الثمن وان لا يجوز فصا كما اشترى ثوبا ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط
لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن * وعن الثاني بان انصراف البيع الى قبض
واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفة
على قولهما وان لم يلزم على قول ابي حنيفة رح وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل
يبيع مع ابن التفريق * والاولى ان يقال قياس قول ابي حنيفة رح تفريق الصفة

(كتاب البيوع)

لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصدهما ايضا الكثرة وما ثمه مانع شرعي عن الصرف الى الجميع
ولهذا الوعلم المقدار في المجلس صح والصرف الى الاقل باعتبار تغذر الكل للجهالة
صرف للعقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفة
الا ذلك * بقي ان يقال فكان الواجب ان يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب
في صدر هذا البحث عنه **قوله** وكذا اذا قيل في المجلس اوسمي جميع فقرا انها يعني كان
للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الان فربما كان في حدسه
او ظنه ان الصبرة تأتي بتقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن
اخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفة على البائع او نقصت فيحتاج ان يشتري
من مكان آخر وهل يوافق اولا فصاركما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموازنات
والمعدودات المتقاربة * واما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبائع عنده بي حنيقة رح
في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت
بين الاشياء موجود وفي ذلك جهالة تقضي الى المازعة بخلاف المكيلات * وحكم المذكورات
اذا بيعت مزرعة حكم الغنم اذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما
واحد هما كما اذا قال بعثك هذا الثوب وهي عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم
او قال بعثك هذا الثوب وهي عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او قال بعثك هذا الثوب
بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح اما الاولى نظاهرة واما الثانية فلان المعقود
عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه لما سمي
لكل ذراع درهما وبيان جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت
كالخشب والاواني واما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا اي ان الجهالة بيدهما
از التها **قوله** ومن ابتاع صبرة اذا اشترى صبرة طعام على انها مائة فقير بمائة درهم
لا يخلوا عند الكيل من ان يكون مثل ذلك او اقل منه او اكثر فان كان الاول فذاك

(كتاب البيوع)

هذا ك وان كان الثاني خيرا لمشتري بين اخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ
لتفرق الصفة الموجب لا انتفاء البيع بانتفاء الرضى وان كان الثالث فالزائد للبائع
لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين
لا يتناول غيره الا اذا كان وصفاً والقدراي القدر الزائد على المقدار المعين
ليس بوصف فالبيع لا يتناول فكان للبائع لا يجب تسليمه الا بصفة على حدة وكذا
اذا قبض المشتري وكان كل من العاتدين مخيرا فيها ان شاء اباشراها وتركها
واذا كان المشتري مذروعا بان اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا
على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل خيرا لمشتري بين اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى
وبين تركه لان الذراع وصف في الثوب المبيع وكلما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء
من الثمن فالذراع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن * اما انه وصف فقد بينه بقوله الا ترى
انه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن
فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورّت في يد البائع قبل التسليم
لا ينقص من الثمن شيء فلهذا اي فلكون الذراع وصفاً لا يقابله شيء من الثمن
ياخذ الموجود بكل الثمن بخلاف التصل الاول * يعني المكيل لان المقدار
ليس بوصف فيقابل له الثمن فلهذا ياخذ به حصته وقوله الا انه يتخير استثناء من قوله
ياخذ بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذراع الذي سماه كان الزائد
للمشتري ولاخبار للبائع لانه بوصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن فصار كما
اذا باع عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير * واعلم ان هذه المسئلة من اشكل
مسائل الفقه وقد منع ان يكون الذراع في المذروعات وصفاً والاستدلال بقوله
الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شيء
طويل او مريض يقال شيء قليل او كثير ثم عشرة اقترعة اكثر من تسع لا محالة فكيف

(كتاب البيوع)

جعل الذراع الزائد وصفاً دون القفيز * وجوابه موقوف على معرفتنا اصطلاح القوم
في الاصل والوصف وقد اختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتشخيص
فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فهو اصل * وقال بعضهم ما لوجوده تأثير
في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل * وقيل
ما لا ينقص الباقي بنواته فهو اصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثاني *
والكيل لا يتعيب بالتبعض والمذروع يتعيب وعشرة افقرة اذا انتقص منها قفيز فالنسعة
تشتري بالثلث الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة
دراهم على انها عشرة افقرة واما الذراع الواحد من الثوب او الدار اذا انتقص
فان الباني لا يشتري بالثلث الذي كان يشتري معه فان الثوب العتابي مثلاً اذا كان خمسة عشر
ذراعاً فالخمس الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضاً * واذا عرفت
هذا عرف ان التلّة والكثرة من حيث الكيل والوزن اصل ومن حيث الذرع وصف
وهو اصطلاح وقع على ما هو المنعارف بين التجّار * فان قيل سلمنا ان الذراع وصف
لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يباينها شيء من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده
رجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبداً واعته او مات ثم اطلع على نقصان
اصبع يرجع على بائعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف
المذكور * واجيب بان كلامنا في الوصف لافي الوصف المقصود بالتناول فانه اذا
صار مقصوداً بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم او حكماً كما
اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق الشرع بان كان
ثوباً فخطاه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ شيهاً بالاصل فاخذ قسطاً من الثمن **قوله**
ولو قل بعنكها يعني الثياب والمذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان
ثياباً لم تكن هذه المسئلة والاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع

ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن
او ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراذه بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة
نوب وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول
وهذا اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذه بجميع الثمن لم يكن المشتري
أخذ اكل ذراع بدرهم وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم فان كلمة على تأتي
للشرط كما عرف في موضعه * ونوقض بالمسئلة الاولى بان الذراع لو امكن ان يكون
اصلا بذكر الثمن كان اصلا في المسئلة الاولى ايضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة
عشرة اذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد * واجيب
بان الذراع اصل من وجه من حيث انه من اجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز
ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة * ثم لوجعلنا
عشرة اذرع منقسما على الافراد عند ترك ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية
من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين *
وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها
والاولى ان يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كل ذراع مبيعا ضمنا ولا معتبرا
بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير اصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة
أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم او فسخ اما خيار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة
في الذراع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر
فيتخير او المازوم الزيادة فلما بينا انه صار اصلا مشروطا ولو اخذه بالافل لم يكن اخذًا بالمشروط
وفيه بحث من وجهين اما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة نوب على حدة فسد البيع
اذا وجدها اكثر او اقل كما لو كان العقد وارد على اثواب مشربة وقد وجدت احد عشر
او تسعة على ما يأتي * واما الثاني فهو ان الذراع لو كان اصلا بافراذه ذكر

(كتاب البيوع)

التمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة افقرة فاذا هي
احد عشرة فان الزيادة لا تدخل الا بصنقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك
الصنقة * والجواب عن الاول ان الانواب مختلفة فتكون العشرة المبعة مجهولة
جهالة تقضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك * وعن الثاني
بان الذراع الزائد لو لم يدخل كان بائعا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول
نحو الجواز والتفيز الزائد ليس كذلك **قوله** ومن اشترى عشرة اذرع شري
عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام اعني ان يكون المبيع مما ينقسم او مما
لا ينقسم فالبيع فاسد عندا يحنيفة رح وعندهما هو جائز واذا كان الدار مائة ذراع واشترى
عشرة اسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة
اسهم من مائة سهم في كونها عشر اخصيص الجواز باحدهما تحكم ولا يحنيفة رح
ان الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها و ارادتها هنا متعذرة فيصير مجازا لما يحل
بطريق ذكر الحال و ارادة المحل وما يحل لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسي
يقتضي محلا حسيا والمشاع ليس كذلك فما يحل لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع
لعدم مجوز المجاز وذلك اي العشرة الاذرع غير معلوم ههنا ان الم يعلم ان العشرة
من اي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تقضي الى المنازعة بخلاف السهم فانه
امر عقلي لا يقتضي محلا حسيا فيجوز ان يكون في الشائع فالجهالة لا تقضي الى المنازعة
فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر
نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيبه
من اي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الدار عان كما اذا قال عشرة اذرع
من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما لم يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار
من غير ذكر ذراعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا

(كتاب البيوع)

خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان * واما اذا عرفت مساحتها
 فانه يجوز * جعل هذه المسئلة نظير ما ان باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان
 عدد جملة الشياه معلوماً فانه يجوز عنده **قوله** ومن اشترى عدلا على انه عشرة اثنان
 عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى
 عدلا على انه عشرة اثنان بعشرة دراهم فكان تسعة او احد عشر فسد البيع اما اذا
 زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والا ثواب مختلفة فكان
 المبيع مجهولا جهالة تقضي الى المنازعة * واما اذا نقص فلو جوب سقوط حصة الناقص منه
 من ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري انه كان جيدا او وسطا او رديا ولا يدري
 قيمته بيقين حتى يسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك
 في فسادها واذا بين لكل ثوب ثمانية بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان
 بقدره لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء
 ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن مشائخنا
 من قال ان البيع فاسد عند ابي حنيفة ربح في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين الموجود
 والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد
 كما لو جمع بين حرو عبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمانية فانه لا يجوز البيع عنده في القرن
 خلافا لهما كذلك هذا * واستدل على ذلك بما ذكر محمد ربح في الجامع الصغير رجل اشترى
 ثوبين على انهما هر ويا ن كل ثوب بعشرة فاذا احدهما هروي والآخر مروى فالبيع
 فاسد في الهروي والمروى جميعا عند ابي حنيفة ربح وعندهما يجوز في الهروي *
 ووجه الاستدلال ان الغائب في مسئلة الجامع الصفقة لا اصل الثوب فاذا كان فوات الصفقة
 في احد البدلين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات احدهما من الاصل اولى ان يفسد
 قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يضر في الباقي وفرق بين

(كتاب البيوع) فصل

هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول في المروي شرطاً للعقد في الهروي
وهو شرط فاسد لان المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسداً
وهذا لا يوجد هنا فانه ما شرط قبول العقد في المردوم ولا قصد ايراد العقد على المردوم
لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد * وهروي
بفتح الراء * ومروي بسكونها منسوب الى هرات ومرو قريتان بخراسان **قوله**
ولنا اشترى ثوباً واحداً اذا اشترى ثوباً واحداً على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم
فزاد او نقص نصف ذراع قال ابو حنيفة رح اذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان
بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رح ان زاد اخذه باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء
وقال محمد رح اخذ في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل
كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم فيجزى عليه
من التجزية وفي بعض النسخ يجري عليه اي على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع
عشرة بعشرة فنقص ذراع ولا يبي يوسف رح ان بافرد البديل صار كل ذراع كثوب
على حدة والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعاً فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن
يثبت له الخيار وقد تقدم ولا يبي حنيفة رح قد ثبت ان الذراع ونصف في الاصل لا يقابل شيء
من الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع
فكان الشرط معدوماً وزال موجب كونه اصلاً فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف
وصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فتسلم له مجاناً * وقيل هذه الاقوال
الثلاثة في الثوب الذي يتفاوت جوانبه كالقميص والسراريب والاقبية وامافي الكرباس الذي
لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لانه وان اتصل بعضه ببعض فهو في معنى المكمل
والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعاً منه ولم يعين موضعه
جاز كما في الحنطة اذا باع تفيزاً منها فصل مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين

قاعدتين * احد بهما ان كل ما هو متناول اسم البيع عرفا دخل في البيع وان لم يذكر صريحا * والثانية
 ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني
 على معنى ان ما وضع لان يفصله البشري ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع
 لا لان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه
 لان اسم الدار يتناول العرصه والبناء جميعا في العرف لا يقال لانم تناوله البناء في العرف
 فانه لم يدخل في باب الايمان التي منها على العرف كما تقدم لان تناوله اياها باعتبار
 كونه صفة لها وهي اذا لم تكن داعية الى اليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع
 الى اليمين فلم يتقيد به وحش بالدخول بعد الانهدام ولان البناء متصل به اي بالارض
 على تاويل المكان اتصال قرار فيكون تابعا له واذا باع ارضا دخل ما فيها من النخل
 والشجر كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسمه للاتصال فاشبه البناء
 ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بالنصل فاشبه المباح الموضوع
 في الدار ونوتص بالحمل فانه متصل بالام للنصل ويدخل في بيع الام * والجواب انه
 غير وارد على التفسير المذكور فان البشري ليس في وسعه فصل الحمل عن الام **قوله**
 ومن باع نخلا اذا باع نخلا او شجرا عليه ثم ثمرته للبائع الا ان يقول المشتري اشتريته مع ثمرته
 لقوله عليه الصلوة والسلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المباح
 وفيه دلالة على ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للنصل لا يدخل لان المعقود عليه ارض
 فيها نخل عليه ثم قال عليه الصلوة والسلام الثمرة للبائع الا بالشرط ولم يذكر النخل وقوله
 ولان الاتصال وان كان خلقه فيه اشارة الى ان الاعتبار لثاني الحال والحال الاولى لا فرق
 فيها بين ان يكون خلقه او موضوعا ويقال للبائع سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤثر بتبرغ
 ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع وقال الشافعي رح يترك حتى يبدو
 صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يتقطع وقاسه على

على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد * والجواب
انا لانسلم ان المعتاد عدم التقطع الى وقت البدو والاستحصاد سلمناه لكنه مشترك فانهم
قد يبيعون للتقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضاء
بذلك وهي اقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا
قوله فلنا هناك اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره ان التسليم واجب
في صورة انقضاء مدة الاجارة ايضا ولا يترك الاباحر وتسليم العوض تسليم المعوض الا يقال فليكن
فيما نحن فيه كذلك لما سيأتي ولا فرق بينا اذا كان الشرب حال له قديمة ولم يكن في كونه للبائع
في الصحيح وقيل اذا لم تكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري ووجه الصحيح
ان بيعه منفرد يصح في اصح الروايتين وما صح بيعه منفرد الا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن
موضوعا للقرار **قوله** واما اذا بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق يعني الشرب لا يدخل
في البيع وان لم تكن له قديمة * واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل
في البيع لانه مودع فيها كالمناوع وذكر في فتاوى الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر
في الارض واما اذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراذه لا يصح فكان
تابعا ولو نبت ولم يصرف له قيمة قال ابو القاسم الصفا لا بدخل وقال ابو بكر الاسكاف
يدخل قال الشيخ وكان وصح بعض الشارحين بتشديد النون هذا بناء على الاختلاف
في جواز بيعه قبل ان تناوله المنسافر والمناجل فمن جوزه لم يجعله تابعا لغيره ومن لم يجوزه
جعله تابعا * مشغرا البعير شفته والجمع مشافر * والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل
قوله ولا بدخل الزرع والشجر اعلم ان اللفظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المنمرة اربعة الاول
بعت الارض او الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها
ومرافقتها والثالث بعت بكل قليل وكثير هوله فيها ومنها من حقوقها وقال من مرافقتها والرابع
بعت بكل قليل وكثير هوله فيها ولم يقل من حقوقها او من مرافقتها وفي الثاني والثالث لا

لا يدخل الزرع والتمر لان الحق في العادة يذكر لما هو متبع لا بد للمبيع منه كالطريق
والشرب* والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء* والزرع والشريسا
كذلك فلا يدخلان* وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ* هذا اذا كان في الارض
وعلى الشجرة واما اذا كان الثمر مجزورا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخل
الا بالتصريح به **قوله** ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على الشجر اما ان يكون
قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بذا صلاحها لا تتناع بني آدم
او علف الدواب اولم يبدلانه مال متقوم اما لكونه منتعابا في الحال او في الزمان الثاني
فصار كبيع الجحش والمهر* وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهرزاده رح
ان البيع قبل ان ينتفع به لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل ان يبدو
صلاحه* ولان البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك*
قال الشيخ والاول اصح يعني رواية ودراية* اما الاولى فلما اشار اليه محمد رحمه الله
في باب العشر لوباع الثمار في اول ما يطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر
على المشتري فلولا يكن الشراء جائزا في اول ما يطلع لما وجب العشر على المشتري*
واما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز
بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق* والجواب عن الحديث ان تاويله اذا باعه
بشرط الترك او ان المراد به النهي عن بيعها سلمنا بدليل قوله عليه الصلوة والسلام
ارابت لو اذهب الله الثمرة بهم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى
بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها او بطريق السلم* واذا جاز البيع وجب على المشتري
قطعها في الحال تنريفا للملك البائع **قوله** وهذا اشارة الى الجواز اي الجواز اذا اشتراها مطلقا
او بشرط القطع اما اذا قال اشترته على اني اتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط
لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان

تركها على النخل شغل ملك الغير اوان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعادة في بيع
 او اعادة فيه لان تركها على النخل اما ان يكون باجرا وبغيره والثاني اعادة والاول اعادة *
 وذلك منهى عنه وفيه تا مل لان ذلك انما يكون صفقة في صفقة ان لو جازت اعادة
 الاشجار واجارتها وليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك
 فان اعارتها واجارتها جائز فيلزم صفقة في صفقة * هذا اذا كانت الثمرة لم تنه في عظمها
 اما اذا تنهى عظمها فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف روح وهو القياس لان شرط
 الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد روح فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد
 البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم
 وهو الذي يزيد لمعنى في الارض او الشجر والجواب اننا لانم ان التعامل جرى
 في اشراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى
 الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البائع طاب له
 الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم
 بعده فيصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة
 الارض المغصوبة واذا تركها بغير اذنه بعد ما تنهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا
 تغير حالة من النبي الى النضح لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه
 المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع شيء بل الشمس تضجها والقمر يلونها والكواكب
 يعطيها الطعم وان اشترى بها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخل باستيجار
 النخل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطان اعادة النخل لعدم التعارف
 فان التعارف لم يجز فيما بين الناس باستيجار الاشجار ولعدم الحاجة الى ذلك لان
 الحاجة الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمشتري
 ان يشتري الثمار مع اصولها على ما سذكر وان ابطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا

معتبراً فيطيب له الفضل * فإن قيل لانم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل بطلان الرهن * اجيب بان الباطل معدوم لانه هو الذي لا تحقق له اصلاً ولا وصفاً شرعياً على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئاً حتى يبطل بطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداءً عبارة عن الاذن فكان معتبراً * بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد والغاسد ماله تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمناً لشيء ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثاً وسيله التصديق * ولو اشترى الثمار مطلقاً عن القطع والترك على التخييل وتركها واثمرت مدة الترك ثمرة اخرى فان كان قبل القبض يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في مقدار الزائد قول المشتري لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهداً له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازها ويزعم انه مروي عن اصحابنا وحكي عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله انه كان يفتي بجوازها ويقول اجعل الموجود اصلاً وما يحدث بعد ذلك تبعاً لهذا شرط ان يكون الخارج اكثر قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لا يجوز اذا حدث شيء قبل القبض واذا حدث بعده يشتركان والمخلص اي الحيلة في جوازها فيما اذا حدث قبل القبض ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز جعل الموجود اصلاً والحادث تبعاً اذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الاصول قوله ولا يجوز ان يبيع

ثمرة اذا باع ثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة لم يجز خلافا لما لك ولم يبين ان مراده الثمر على رؤس النخل او ثمر مجزوز ذكر في بعض فوائد هذا الكتاب ان مراده ما كان على النخيل واما بيع المجزوز فجائز وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع الثمر على رؤس النخيل الاصاعا منها يجوز البيع لكون المستثنى معلوما كما اذا كان الثمر مجزوزا موضوعا على الارض فباع الكل الاصاعا يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما سواء واستدل بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل ايضا على ان الحكم فيهما سواء بخلاف ما اذا استثنى نخلا معيناً لان الباقي معلوم بالمشاهدة كم هي نخلة قال المصنف رح قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان مفضيا الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة * واجيب باننا لانم انها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من الثمر احسن ما يكون والمشتري يدفع اليه ما هو اداء الثمر فينفضي الى النزاع * سلمنا ذلك لكن قد لا يكون الثمر الاقدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة لهذا المعنى * وعن هذا قال بعض الشارحين يشير الى هذا قوله ارطالا معلومة * وروايته لو كان المستثنى صاعا واحدا او رطلا واحدا فالحكم كذلك وبانه لا ينح اما ان يبقى شيء بعد الاستثناء اولا وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد * اما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا ان الباقي غير معلوم وزنا لكن ليس ذلك بشرط الا اذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز ان يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة * واما الثاني فلانه يكون ح استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء فيجوز البيع * واجيب بان هذا باعتبار المال واما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء ام لا فصار مجهولا * وفيه نظرا لانه ليست بدفعية الى النزاع فهو اول المسئلة ثم قال المصنف اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز يرد به على

على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا
قال ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد
وبيع فغير من صبرة جائز فكذا استثناءه وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده
لا يجوز استثناءه وفي بيع اطراف الحيوان وحمله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز
استثناءه وهذا لان الاستثناء يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وافراد العقد يقتضي
كون المعقود عليه مقصودا معلوما فشارك في القصد والعلم فما جاز ان يقع معقودا عليه بانفراده
جاز ان يستثنى وبالعكس * وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا فغير امنها بدرهم
صح في جميع الصبرة الا في فغير لانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه * واما لو قال بعتك
هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز
افراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز افراد العقد عليه فيجوز استثناءه
وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالتياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني
والعددي المتقارب فان استثناء قدر منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تنضي
الى المنازعة * قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها
بمائة درهم فانه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله على ان لي هذه الشاة
الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معني *
واجيب بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان انه لم يدخل كما
عرف في الاصول فلم يكن افراده اخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه واما في الشرط
فان الشاة دخلت اولاً في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد
البيع في الكل * ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشرة فانه صحيح في تسعة اعشاه
ولو قال على ان لي عشرة لم يصح * قيل ولقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد
على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول *

(كتاب البيوع)

فصل

والجواب اننا لانم ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم تسر منه جهالة الى المستثنى منه الا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج الى معرفة مقدار المبيع **قوله** ويجوز بيع الحنطة في سبيلها بيع الشيء في غلانه لا يجوز الا المحبوب كالحنطة والباقي والارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقي الا خضر وكذا الجوز واللوز والقمح في قشرة الاول وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد * واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة بجنسه ولنا ما روي ابن عمر رضى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع تمر النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويا من العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها * وفيه نظر لانه استدلال بفهم الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان النهي يقتضى المشروعية كما عرف **قوله** ولانه حب مستفاد به كانه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له * وتقديره لا نسلم انه لا منفعة فيه بل هو اي المبيع بقشرة حب مستفاد به ومن اكل الغولية شهد بذلك * وان المحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فذروه في سبيلها وهو انتفاع لا محالة فجاز البيع كبيع الشعير والجامع كونهما مالين متقومان ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز بيعه بجنسه لا احتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لجهالة قدر ما في السابل فان قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبيننا اذا باع حب قطن في قطن بعينه ونوى تمر في تمر بعينه وهما سياتان في كون المبيع مغلفا * اجيب بان الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سبيلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في التمر * اليه اشار ابو يوسف رح **قوله** ومن باع دارا دخل في البيع مغايبات اغلاقها الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالفتح اذا باع دارا دخل في البيع مغايبات اغلاقها بناء على ما تقدم ان ما كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في

في بيع الغلق بالتسمية لانه كالجزم منه اذا لا ينتفع به بدونه والدخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء * فان قبل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في نفعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق ولا يدخل في بيع الدار * فالجواب ان الداخل في الداخل في الشيء داخل لا محالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن الا بالطريق مطلقا ومن حيث السكنى * والاول ممنوع فانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة * والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الاجارة لكن ليس الكلام في ذلك * والقتل ومفتاحه لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان او حجري دخل وان لم يتصل لا يدخل **قوله** واجرة الكيال وناقد الثمن اذا باع المكيل مكيلة او الموزون موازنة او المعدود عدا واحتاج الى اجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم له الواجب الابه فهو واجب * واما اجرة ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد بن روح هي على البائع وهو الماذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الاول ان القديكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما يتعلق به حقه من غيره او يعرف المعيب ليرده ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي صدر الشهيد ر ج واجرة وزان الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن بالوزن يتحقق التسليم **قوله** ومن باع سلعة ببيع السلعة معجلا ما ان يكون بثمن او بسلعة فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن والا لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية ايضا لان الدين انتقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا من حضرتهما

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

فلمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتسكن من قبضه * وان كان الثاني يقال لهما سلما معا استواءهما في التعين فلا يحتاج الى تقديم احدهما بالدفع *

* باب خيار الشرط *

خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازما واخرى فير لازم واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه يباع قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم * وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاء به السنة لم يكن بد من العدل به فظهرنا عمله في منع الحكم تقريبا لعمله بقدر الامكان لان دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس * وهو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار او على اني بالخيار ايا ما او على اني بالخيار ايدا * وجائز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلاثة ايام فماد ونهار ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهر او شهرين فانه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي رح جائز عند ابي يوسف ومحمد رح * سواء كان لاحد العاقلين او لهما جميعا او شرطا احدهما الخيار لغيره وجه قول ابي حنيفة رح في الخلافية ما روي ان حبان بن منقذ كان يغيب في البياعات لما مومة اصابته راسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا باعت فقل لا حلاية ولى الخيار ثلاثة ايام والخلاية الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو منقذ الا اننا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه * فان قيل كيف جائز للبائع والمذكور في النص هو المشتري فكما عد يتم في من له الخيار فلنعد في مدته * فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المعاملة ولان البائع في معنى المشتري في المعنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس

ليس كقليلها لان معنى الغرور يتمكن بزيادة المدة فيرداد الغرور وهو مفسد * ولهما حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التأمل ليندفع به الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر وكان كثيرا لمدة قليلها فيلحق به وصار كالتأجيل في الثمن فانه جائز قلت المدة او كثرت للحاجة والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله عنهما * سلمنا انهما سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر رضي الله عنهما مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرؤية او العيب وانه اجاز الرد بهما بعد الشهرين * ولا نسلم ان كثيرا المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الحادثة كان مصابيا في الرأس فكان احوج الى الزيادة فلو جازت كان اولى به ان يدل على ان المقدر لنمي الزيادة * سلمناه لكن في الكثير معنى الغرور ازيد وقد تقدم * والقياس على التأجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة **قوله** الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها ومعه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها واجاز من له الخيار في الثلث جاز ويجوز ان يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول اولى لقوله خلافا لفررح فتأمل وزفر يقول ان هذا عقد قد انعقد فاسدا او فاسدا لا يتقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين او اشترى عبدا بالف ورتل خمر ثم اسقط الدرهم الزائد وابطل الخمر وكمن تزوج امرأة وتحت اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولا يبي حنيفة رح انه اسقط المفسد اعلم ان مشايخنا رح اختلفوا في حكم هذا ما اعتد في الابتداء على قول ابي حنيفة رح فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم يتقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع * وذهب اهل خراسان واليه مال شمس الائمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه اسقط المفسد قبل تفرره

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

اي قبل مضي ثلثة ايام تعليل على الرواية الاولى * وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامها على الشرط فاذا سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا عينه بل طافيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال او غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعثك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير ان يعلم المتدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق وقوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع تعليل على الرواية الثانية * وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البطلان فلم يمكن رفعه وفي مسئلتنا في شرطه فلم يمكن قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه اما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد الثمن اياما فلا بيع وهما فاسدان او قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما فهو جائز عند علمائنا الثلثة والقياس وهو قول زفران لا يجوز لما انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط صحيح الاقالة في البيع مثل ان يقول بعثك هذا بشرط ان تقبل البيع مفسدا لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسد ها اولي ان يفسدوا استحسان العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانقاساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان ملحقا بمورد بان لا نسلم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وهما لو سكت حتى مضت المدة بطل * واجيب بان النظر في اللاحق انما

انما هو الى المعنى المطابق للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقدير * فان قيل الحاجة تدفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه * اجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول ابي حنيفة ومحمد رحم الا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلاثة ايام فقد اختلفوا فيه لم يجوز ابي حنيفة وابو يوسف رحم وجوز محمد رحم اما ابو حنيفة رحم فقد مر على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد رحم مر على اصله في تجويز الزيادة في الملحق به وابو يوسف رحم احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال المصنف رحم وابو يوسف رحم اخذ في الاصل بالاثري وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين * احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار بقوله في هذا قوله وان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام والمراد بالاثري ما روي عن ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار باثري ابن عمر رضى وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه * والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف رحم في الاصل اي في ثلاثة ايام باثري ابن عمر رضى وهو ما روي ان عبد الله بن عمر رضى باع ناقه له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا اي في الزائد على ثلاثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز كما مر **قوله** وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه **قوله** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وقد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقلين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري فالثمن لا يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق والمبيع يخرج عن ملكه بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن عن ملك البائع

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

والمشتري بالاتفاق فاذا خرج المبيع من ملك البائع او الثمن من ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال ابو حنيفة ر ح لا يدخل ولا يدخل اما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الاولى فلما ذكره من قوله لان تمام هذا السبب اي العلة بالمرضاة لكون الرضاء دخلا في حقيقة الشرعية ولا يتم المرضاة مع الخيار لان البيع يبيح علة اسما ومعنى لاحكامه فندفع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينقد عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن ابي ليلى هو يقول قبض ملك البائع باذنه فكان امانة في يده ونحن نقول البيع ينسخ بالهلاك والمنسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعتود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا يلحقها الا جازة وهو معنى قوله لانه كان موقوفا ولا تقاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك واما ان المنسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كما مقبوض على سوم الشراء وتحقيقه ان الضمان الاصلي الثابت بالعقد في القيمات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي في مدة الخيار * واما اذا هلك بعد ما يلزمه الثمن لا القيمة لبطان الخيار اذ ذاك وتتمام الرضاء * ولو هلك المبيع في يد البائع انسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار * قيل وانما ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملا لآمال المسلمين على الصلاح * واما دليل خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه * وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر واما ان البديل اذا خرج من ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند ابي حنيفة ر ح فلانما لم يخرج الثمن من ملكه لو دخل لزم اجتماع البديلين في ملك

ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ولا اصل له في الشرع ولان المعاوضة تقتضي المساواة *
وفوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه
فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد * واجيب بان قوله حكماً للمعاوضة يدفع النقض
فان ضمان المدبر ضمان جنائي وليس كلاً منافيه * ويدخل عند هملانه لما خرج عن ملكه
فلولم يدخل في ملك الآخر يكون زائلاً لا الى مالك يعني سائبة ولا عهد لنا به في الشرع *
وفوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة عبداً لصدائه الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع
ولا يدخل في ملك المشتري * واجيب بان كلاً منافياً للتجارة وما ذكرتم ليس منها
بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم * ورجح قول ابي حنيفة رح بان شرعية
الخيار ونظر للمشتري ليروي فيقف على المصلحة فلودخل في ملكه ربما كان عليه لاله
بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض **قوله** فان
هلك في يده اي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا
اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفاً ومراده عيب لا يرتفع كان
قطعت يده واما ما جاز ارتقاعه كالمريض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلاثة له ان يفسخ
بعد الارتقاع واما اذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين مما ذكر
ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن
اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه ان المبيع اذا تعيب
في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهالك لا يعبري
عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم وتم فيلزمه الثمن المسمى واما اذا كان الخيار
للبائع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لان الخيار للبائع لاله فيهلك والبائع
موقوف فيلزم القيمة **قوله** ومن اشترى امراته هذه مسائل تترتب على الاصل
المتقدم ذكره هو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البائع ولا يدخل

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

صار الخمر له وان رد صارت الخمر للبائع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما **قوله**
ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي
لان شرط الخيار يصح منهم جميعا * فاذا كان الخيار للبائع فلا جازة تحصل بثلاثة اشياء
بان يقول آجرت وبموته في مدة الخيار لانه لا يورث كما سندكرة فيكون العقد به نافذا
وبان يمضي مدة الخيار من غير فسخ * واذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع
في يد المشتري الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه
كما تقدم * واما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما * والثاني هو ما يكون بالفعل
كان يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا اعتق المبيع او باعه او كانت
جارية فوطئها او قبلها * او يكون الثمن عينا فيتصرف المشتري فيه تصرف الملاك
فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد يفسخ سواء في ذلك حضورا لآخر
وعدمه لانه فسخ حكمي والشئ قد ثبت حكما وان كان يبطل تصدا * واما الاول
فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البائع او المشتري فسخت فان كان ذلك
بحضرة الآخرين يعلمه انفس العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند ابي حنيفة
ومحمد رحم وقال ابو يوسف رحمه وهو قول الشافعي رحم لابي يوسف رحم ان من له الخيار
مسلط على فسخ العقد من جهته صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه
كلا جازة وهو قوله من لا حد شرطي شرطي العقد على الآخر ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضاء
وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا
لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعري
عن المضرة اما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه
فتلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وتدون القيمة اكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا
واما اذا كان للمشتري فالبايع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريا وقد يكون المدة ايام

ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشرط الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الالتزام * ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على التسخ لان التسليط على التسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كما لتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضاء لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالتزام على العلم لا على الرضاء وكونه لا بد منه في البياعات لانه لا التزام فيها * وعورض بان ما ذكرتم من التزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم يتفرد بالتسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى * واجيب بانه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدارد ليلهما التزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعاق والعنف عن التقصص يلزم منها في حق غير الفاعل التزام وهو مسوغ لان ذلك من الاستقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالتزام كما سقاط الحمل عن الدابة ولا ما قيل الزوج يتفرد بالرجعة وحكمها يلزم المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها التزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة التزام امر جديد سلمناه لكن ليس فيه التزام ضرر لان النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا يكون ضرراً ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه التزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالتزام بل ذلك بالتزامه * اولانه لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو رأى ضرراً ما اقدم عليه * اولانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة لمعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه التزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار او هو مرضي به بالافدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقلين بلا علم وفيه التزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا التزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

وإن لم تعلم لأنه لا ضرر في العدة * أولئك بالبيع الشرع نصادون الطلاق بخلاف الضرر
المذكور في خيار الشرط فإنه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الإجازة وهو غير مرضي
به من جانب الآخر فلا يلزم إلا بعلمه **قوله** ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه يشير إلى
أن الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كنى الكناية الاصطلاحية لأرباب
البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد **قوله** وإذا مات من له الخيار بطل خياره إذا مات
من له الخيار سواء كان البائع والمشتري أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما إذا مات
من عليه الخيار فإنه باق بالاجماع * وقال الشافعي رح إذا مات من له الخيار انتقل الخيار
إلى وارثه لأنه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع
بأن اشترى أحد الثوبين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء * ولنا أن الخيار لا يقبل الانتقال لأنه
ليس إلا مشيئة وإرادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والإرث فيما يقبل الانتقال
لأنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان إلى الورث وهذا معقول لا معارض له من المأثور
فيكون معمولاً به * لا يقال قال عليه الصلوة والسلام من ترك ما لا أوحق فلورثته والخيار
حق فيكون لورثته لأن المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار
ليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث إليه في الأعيان فهل يكون الخيار
كذلك واجب بأن المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمنى قيل فليكن خيار الشرط كذلك
بأن ينتقل المبيع من المورث إلى الورث ثم الخيار يتبعه ضمناً واجب بأن الخيار ليس
من لوازم المبيع بل الأصلي عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكية
مالك وفيه نظر فإن الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطالقه والخيار يلزمه * والصواب
أن يقال الغرض الأصلي من نقل الأعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك
فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الأصلي انتقال ما ليس كذلك فإن قيل القصاص ينتقل
من المورث إلى الورث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك واجب بأنه ثبت

ثبت للوارث كما ثبت للمورث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سياتي الا ان المورث
متقدم فاذامات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث اعني التشفي والخيار
ثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقده ولا شارطا لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم
فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا
يدل على انتفائه * ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد
او في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع **قوله** بخلاف
خيار العيب جواب عما فاس عليه * وتقريره لان سلم انه بطريق النقل بل المورث
استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار * وذلك
لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال
مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله
وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء *
بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين
لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين
كم من اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار * الا ترى
ان المورث كان له ان يفسخ فكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت
قوله ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فقد يركل له ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره
جاز حذفه لدلالة قوله فايهما اجاز جاز يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف
واشترط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد
صار حقا من حقوقه وواجبا من واجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعا وما كان
من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري
او اشتراط تسليمه على غيره او اشتراط الملك لغيره * لكن العلماء الثلاثة استحسنا جوازه

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار فيه للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او بالعقد
فصار كالاختيار الى نفس الخيار * وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة عن العاقد
اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصاله فيجعل كانه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائباً عنه
في التصرف تصحيحاً له بقدر الامكان * وفيه بحث من وجهين * اُحَدُهما ان شرط
الاقتضاء ان يكون المقتضي ادنى منزلة من المقتضى الا ترى ان من قال لعبد له حنث
في يمينه كثر عن يمينك با لال لا يكون ذلك تحريراً اقتضاء لان التحرير اقوى
من تصرف التكفير لكونه اصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه ولا خفاء ان العاقد اعلى مرتبة فكيف
يثبت الخيار له اقتضاء * والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحاً لجاز
اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد اولاً ثم
على الغير كفالة عنه كذلك * واجيب عن الاول بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود
باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظراً الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك
لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعيته فرعه * واما التحرير فانه الاصل في وجوب
الكفارة المالية فلا يثبت تبعاً لفرعه * وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل
في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت
المقتضي لتصحيح المقتضى ولو صححت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضى
وعاد على موضوعه بالنقض * فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين *
فالجواب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعاً لفرعه
وهو المحال عليه * واذ ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اختلف
فعلهما في الاجازة والنقض يعتبر السابق لعدم ما يزا حتمه ولو خرج الكلامان معا
اختلفت الرواية * ففي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد فسخاً كان اوجازة *
وفي رواية ما دون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ سواء كان من العاقد او من غيره وجه

وجه القول الاول ان تصرف العاقد اقوى والا تقوى يقدم على غيره * وفقه ذلك ان تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المذوب واما عند وجوده فلا احتياج اليه * واستشكل بما اذا وكل رجلا بطلاق امرأته للسنة فطلقتها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احد هما لا بعينه * واجيب بان الترجيح محتاج اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا ابدى المذوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه * ووجه القول الثاني ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجاز والمبيع هلك عند البائع والمنسوخ لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا يلحقه الاجازة ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك * ونقض بما اذا اتى من له الخيار غيره فتناقضا البيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمنسوخ * واجيب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق بالمنسوخ وما ذكرتم فسخ لا اجازة وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح قيل والثاني اصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما اصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث المتصرف رجحا من حيث حال التصرف * لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العاقد عارضته في ذلك **قوله** واستخرج ذلك يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع الوكيل من احد والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رح يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع * ووجه استخراج ان تصرف الفاسخ اقوى عند ابي يوسف رح من هذه المسئلة

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

انه لم يرجح تصرف المالك كما رجع محمد رجع فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر ان
ذلك في مسألة بيع الموكل والوكيل بكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت
الرجحان هناك لتصرف المالك لما كونه والرجحان ثابت ههنا لتصرف الفسخ في نفسه
لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ
لانه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به
كذا في النهاية * وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك لما كونه
هناك لا يستلزم رجحان الفسخ ههنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ
على الاجازة لا على وجه الاستخراج * ولعل الاوضح في وجه ذلك ان يقال الوكيل
من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد ههنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية
من غيره فترجح تصرف العاقد من محمد رجع كترجح تصرف الموكل منه وترك
ترجح تصرف المالك من ابي يوسف رجحوا اعتبارهما يدل على انه لا ينظر الى احوال
المصرفين لتساويهما فيه فبقي النظر في حال التصرف نفسه والفسخ اقوى لما ذكرنا **قوله**
ومن باع عبدان بالف هذه المسئلة على اربعة اوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه
الخيار فاما ان لا يحصل او حصلا جميعا او حصل التفصيل دون التعيين والعكس من ذلك فان كان
الاول بان باع عبدان بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فسد البيع لجهالة المبيع
والثمن وجهالة احدهما مفسدة فجهالة التهما اولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج
عن العقد ان العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الدا خل في العقد احدهما وهو غير
معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله * وان كان الثاني وهوان يبيع كل واحد منهما بخمس مائة على انه
بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذي
فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد
كقبول الحر في عقد القن اذا جمع بينهما في البيع اجاب المصنف بان ذلك غير مفسد

مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محل البيع فكان دأخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا جمع بين ثمن ومدبر في البيع في ان المدبر محل البيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسد للعقد في الآخر بخلاف ما اذا جمع بين حروقن فان الحر ليس بمحل البيع اصلا فلم يكن دأخلا في العقد ولا في الحكم وتقال ان يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لا حد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لمظنة فضل تأمل منك فاحط * وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد بخمسائة على اني بالخيار في احدهما فالبيع فاسد ايضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الآخر يفسد في الثمن اذا جمع بينهما بين المدبر او ام الولد ولم يفصل الثمن اجيب بان عدم التفصيل مفسد اذا ادى الى البيع بالحصّة ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلموانعقد في حق الآخر انعقد في حقه بالحصّة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين الثمن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا الوقضى القاضي بجواز تنفيذ فكان قسمة الثمن في البقاء صيانة لحق محترم ضد فسخ العقد على المدبر وام الولد لا ابتداء بالحصّة **قوله** ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء ومن قال اشتريت احدهذين الثوبين على ان لي ان آخذ ايهما شئت بعشرة دراهم الى ثلثة ايام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلثة واما اذا كانت الاثواب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الاثنين والثلثة فسادا في الاربعة لان المبيع احد الاثواب غير عين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رح * وجه الاستحسان انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز الحاقه وبيان ذلك ان شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الافرق له والافرق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

لانه ربما يحتاج الى اختيار من يثق به لخبرته واختبار من يشتريه لاجله كما مرأته وبنته والبائع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع ولانهم ان الجهالة تنضي الى المنازعة لانه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تنضي الى المنازعة *
فاما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلثة واكثر واما الحاجة فانما تتحقق في الثلثة لوجود الجيد والوسط والردي فيها والزائد يقع مكررا غير محتاج اليه فانتهى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علة * واعلم ان محمد ارح ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المازون وقال هو بالخيار ثلثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك * وعلى ذلك اختلف المشائخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلثة ايام فساد ونها عند ابي حنيفة ربح وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الائمة السرخسي * وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتعا فلا شرطاً وهو اختيار فخر الاسلام ربح * حجة الاولين ان جوازه بطريق الاحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه * وفيه نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الاحاق * وحجة الآخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غيرعين من غير توقيت على الايام الثلثة * واما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه عند ابي حنيفة ربح وعندهما مدة معلومة اية مدة كانت وهذا لان الحال لا يسخ اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين اولافان لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عند ابي حنيفة ربح وبمدة معلومة اية مدة كانت عندهما كما في الملحق به * فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلثة عند ابي يوسف ربح لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما * اجيب بان قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام تعليق فلا يلحق

يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثرا لو ارد فيه واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه من جنس
 خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط
 واردا فيه ولو هلك اُحدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الاخر لا مائة حتى
 اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول او تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء * وهذا لان المبيع
 المعيب ممتنع الرد لان رده انما يكون اذا لم يكن معيبا وهو في دعواه ذلك متهم
 فكان التعيب اختيارا دلالة * فان قيل قبض الآخر لا يكون اقل من القبض
 على سوم الشراء وهناك تجب القيمة عند الهلاك * اجيب بانه اقل من ذلك لان
 المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض
 الاخر ليشتريه وقد قبضه باذن المالك فكان امانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة
 فيما اذا طلق الرجل احدي امرأتيه او اعتق احد عبديه فماتت احدهما فان الباقية
 تتعين للطلاق دون الهلكة وكذلك في العتاق اجيب بان المرأة اذا اشرفت على الهلاك
 خرجت عن محلبة وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف عليه خرج
 عن محلبة الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا معالزمه نصف ثمن كل واحد منهما
 لعدم اولوية احدهما لكونه مبيعا فشايع البيع والامانة فيهما واما اذا ذكر خيار الشرط
 فثبت له خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقت على الايام فله ان يردهما جميعا بخيار الشرط
 في الايام الثلاثة لانه امين في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الآخر مشترق بشرط الخيار
 لنفسه فيتمكن من رده * واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له
 خيار التعيين فيرد احدهما * وان اختار احدهما لزمه ثمنه لانه عين البيع فيه ولزمه
 وكان في الآخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الايام
 الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله ان يرد احدهما اما بطلان
 خيار الشرط فلما تقدم من انه لا يورث واما بقاء خيار التعيين فلا خلاط ملكه بملك غيره

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

فإن قيل هل لعموم قوله من له الخيار فائدة قلت كأنه إشارة إلى أن خيار التعين قد يكون للبائع فإن الكرخي ذكر في مختصره أنه يجوز استحساناً * قالوا وإليه أشار محمد رَح في المأذون لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياساً على خيار الشرط * وذكر في المجرّد أنه لا يجوز لأن هذا البيع مع خيار المشتري إنما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لأنه لا حاجة له إلى اختيار الأرفق إذا المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع إلى مقتضى القياس ولم يذكره محمد رَح في بيع الأصل ولا في الجامع الصغير * وتبين مما ذكرنا أن المبيع أحد الثوبين والآخرة أمانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى أحد الثوبين * وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف ففي بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج إلى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز وأثبتها فخر الإسلام وقال في وجه المجاز أن كل واحد منهما لما احتل أن يكون مبيعاً قال اشترى ثوبين * وقال غيره هو من قبيل إطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان أضاف الخروج إليهما وأن كان من أحدهما **قوله** ومن اشترى داراً على أنه بالخيار رجل اشترى داراً بخيار الشرط فبيعت دار أخرى بجنبها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الأخذ رضى يسقط به الخيار لأن الأخذ بطلب الشفعة وطلب الشفعة دليل على اختياره الملك لأن طلب الشفعة لا يثبت الدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك يقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتاً عند بيع الدار الثانية وهو يوجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج إليه لما ذهب إليه من ضعفه لأن خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة وأما عندهما فإن المبيع يدخل في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لأن الشفعة لدفع ضرر

ضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار يديرها * قال شمس الأئمة ما وجوب
الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه مالک للدار المبيعة واما عند البيهقي فانه
فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة به كما دون المستغرق
بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجانب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رتبة
دارهما * بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري لم يصرا حق بالتصرف فيها * ولو اشترى
دارا لم يرها فبيعت بجانبها اخرى فاخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لاندلا يسقط بصريح الاسقاط
بدون الرؤية فكذا بد لانه وسيأتي **قوله** واذا اشترى الرجلان اشترى الرجلان
عبد اعلى انهما بالخيار فيه ثلثة ايام فرضي احدهما دون الآخر فليس للآخر ان يرد
عند البيهقي حنفية رح وقال انه ان يرد وكذا لو اشترى واحد منهما بيع فيه وكذا
لو اشترى واحد ولم يردا ثم رأياه * لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما وكل ما
هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظرا لانا ان
ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما الا يرى ان من وكل وكيلين ثبت الوكالة
لهما وليس لاحدهما ان يتصرف دون الآخر * وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب
بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع كان متسكنا
من الانتفاع متى شاء وبعده اذا رد البعض لا يتسكن الا مهياة والخيار يثبت نظر الممن
هوله على وجه لا يلحق منه الضرر بغيره * وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا
للراد ايضا لكن لما لم يكن من الغير بل بعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول
فان الضرر الحاصل من الغير اقطع وافجع من الحاصل من نفسه فان قيل يبعه منهما رضي
منه بعيب التبعض اجيب بانه ان سلم فهو رضي به في ملكهما الا في ملك نفسه فان قيل
حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض فلنا بل حصل
بفعل المشتري برده نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له ان يرد

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال بمسألة الآخرة على الرد إذا امتنع ظهر عمله
قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار لهما ليس
عين الرضاء بردا أحدهما وهو ظاهر ولا الرضاء بردا أحدهما لازم من لوازم اثبات الخيار
لهما التصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضاء
بردا أحدهما **قوله** ومن باع عبد علي أنه خباز أو كاتب رجل اشترى عبد علي أنه
خباز أو كاتب وكان بخلافه بان لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل
خبازا أو كاتباً فهو بالخيار بين اخذة بجميع الثمن وبين رده إذا لم يمتنع الرد بسبب
من الأسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية
يقوم العبد كاتبا وخبازا علي أدنى ما يطلق عليه الاسم ان هو المستحق بمطلق الشرط
لا النهائية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب أو خباز
فينظر إلى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك * أما رده فلان هذا الوصف وصف مرغوب
فيه وهو وظ وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما إذا باع علي أنه أعور فإذا هو سليم فانه
لا يوجب الخيار وكلما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لرجوعه إلى
صفة المثلث أو المثلث كان ملائماً للعقد لا ترى أنه لو كان موجوداً في المبيع لدخل
في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسداً له ونقض بما إذا باع شاة علي أنها حامل أو علي أنها
تحلب كذا فان البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه أجيب بان ذلك ليس
بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وبضم المجهول إلى المعلوم يصير الكل مجهولاً *
ولهذا الوشرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفاً مرغوباً فيه ذكره الطحاوي سلمناه
ولكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا إلى معرفته سبيل * بخلاف ما نحن فيه فان
له ان يأمره بالخبر والكتابة فيظهر حاله وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ربح وعليه تقدير
كونه ولداً لا يعلم حيوته وموته ولا سبيل إلى معرفته * وإذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لان

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

لان المشتري ماضي بالمبيع بدون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف اي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نعجة فاذا هي حمل * فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاخش في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية فينسد به العقد * وان كان مما لا يوجبها كان راجعا الى النوع كما ذكرنا من المثل فلا يفسده لكنه يوجب التخيير كفوات وصف السلامة واما الخدعة بجميع الثمن فلان الاوصاف لا يبالها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه اقوى منه اذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري من اشترى شيئا لم يره فالبائع جائز معناه ان يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كسي هذا وصفته كذا * او الدرة التي في كفي هذه وصفتها كذا اولم يذكر الصفة * او يقول بعث منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذ ارآه وعند الشافعي رح لا يجوز وكذلك العين الغائب المشار الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ماسمي والمكان معلوم باسمه والعين معلومة * قال صاحب الاسرار وهو جائز لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلت لكان البيع جائزا بالاجماع وقال الشافعي رح المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار ان ارآه وهونص في الباب فلا يترك بلا معارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرئي للمشتري لاجتماعنا على ان المشتري اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلنا بل المراد النهي

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

عن بيع ماليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضى قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ماليس عندك * وقد اجمعنا على انه لو باع حيناً مربياً لا يملكه ثم ملكه فسلم لم يجوز ذلك دليل واضح على ان المراد به ماليس في ملكه * والمعقول وهو ان الجهالة لعدم الرؤية لا تنضي الى المازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافق بده ولا نزاع ثمه مقتضي خياره وانما افضت اليها لولتنا بالزام العقد ولم نقل به فصار ذلك كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه بان اشترى ثوباً مشاراً اليه غير معلوم عدد ذراعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمه جهالة لكونها لا تنضي الى النزاع * وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول هو المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد * واجيب بان المعارضة ساقطة لان السلم انه لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المازعة وما نحن فيه ليس كذلك **قوله** وكذا اذا فال تفريع على مسألة القدوري يعني كما ان له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا فال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي روينا والمعلق بالشئ لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط * ولانه لو ائزم العقد بالرضى قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما ادعى الى ابطاله كان باطلاً وقوله وحق الفسخ جواب سوال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالتقبول وكان معلقاً بها فلا يوجد قبلها * وتقرير الجواب ان حق الفسخ يحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع مبرماً فجاز فسخه لو هاء فيه لا يبرى ان كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والغارية والوكالة بملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لاشترط ولا شرعاً بخلاف الرضاء فانه

فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفا
وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار ومعلق بالرؤية
لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ما هو شرط للزوم فهو شرط للملزوم وقوله ولان الرضاء بالشيء
جواب آخر وتحقيقه ان الامضاء بالرضاء والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان الرضاء
استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور * واما الفسخ فانما هو لعدم الرضاء
وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات * لا يقال عدم الرضاء لاستقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم
ما يقبحه غير متصور * لان عدم الرضاء قد يكون باعتبار ما بدله من انتفاء احتياجه
الى المبيع او ضياع ثمنه او استغلائه فلا يستلزم الاستقباح * ذكر في التحفة ان جواز الفسخ
قبل الرؤية لاروايه فيه * ولكن المشائخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة *
وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف **رح قوله** ومن باع ما لم يره من ورث شيئا
فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابو حنيفة رح يقول اولاه الخيار
اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زينا فهو بالخيار
ان شاء جوزه وان شاء رده كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا * لكن العقد لا يفسخ برد الثمن
وينفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم
وهذا اي الخيار للبائع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام الرضاء زوالا اي من جهة البيع
وثبوته من جهة الشراء وتمام الرضاء لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية
فان بالرؤية يحصل الاطلاع على دقايق لا يحصل بالعبارة فلم يكن البائع راضيا بالزوال
فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ * وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء
فلا يثبت دونه كما تقدم * فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضاء فيلحق
به دلالة * اجيب بانهما ليسا سايان فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه
خيرا مما اشترى فيرد لغوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رده لرد باعتبار ان المبيع

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

ازيد مما ظن فصار كما لو باع عبد بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار
واذا لم يكن في معناه لا يلحق به * قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر
وهنا وجد القياس على المشتري والخيارين فليجز من البائع * واجيب بانه ثابت
بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس * سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع
باطل * وتحكيم جبير بن مطعم عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رض ولم ينكره احد
فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل اللاحق دلالة وقياسا ولهذا رجع ابو حنيفة رح
حين بلغه الحديث **قوله** ثم خيار الرؤية غير موقت قيل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ
بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار معلق بالاطلاع على حال المبيع
فاشبهه الرب بالعيب * والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه يثبت حكما لانعدام الرضاء
فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضاء ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل
خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه * والضابطة في ذلك ان المشتري بالخيار
اذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار
والالبطل فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع
بفعل ما يمتحن به اول مرة فافادة الخيار * ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به
او يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال او يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعلة مرة ثانية
كان دليل الاختيار * فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة
لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحل في غير الملك في الجملة فلما استخدمها مرة ثانية
في ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليها للحصول الامتحان
بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطئ قد لا يعلم
بالنظر لكن لا يحل الوطئ في غير الملك فكان اختياره قبل يشك على هذا الكلي مسئلتان *
احد لهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنيها رافا خذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط * والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في فتاوى قاضي خان * اجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضاء قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضاء بالطريق الاول لانه دونه * ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضاء فلذلك لا يعملان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع * والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا او تصرفا يعني في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين * ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعد ها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها * فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاتفاق والتدبير والذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او مضت مدة الاجارة اورد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحيث من وجهين * احدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي روينا * والثاني ان هذه التصرفات اما ان تكون صريح الرضاء او دلالة وكلوا حد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف ابطله واجيب عن الاول بان ذلك فيما يمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن اهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضاء لا تربو على صريحه اذ الم تكن من ضرورات صريح آخر ومنها هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللزم محال * واما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع

بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يطل الخيار قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضاء أي لا يزيد عليه وصريح الرضاء لا يطله قبل الرؤية فدلالة أولى يعني إذا لم تكن من ضرورات الغير ويطله بعد الرؤية لوجود الدلالة مع عدم المانع **قوله** ومن نظر إلى وجه الصبرة أعلم أن المبيع إما أن يكون شيئاً واحداً أو أشياء متعددة والثاني إما أن يكون متفاوت الأعداد أو لا فذلك أقسام ثلاثة فإنا كان الأول فليس رؤية الجميع شرطاً لبطال خيار الرؤية لأن رؤية الجميع قد تكون متعددة كما إذا كان عبداً أو جارية فإن في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتها وذلك في العبد لا يجوز أصلاً فسخ العقد أو لم يفسخ وفي الأمة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها وانعافي غير المالك لأن الفسخ رفع العقد من الأصل فصارك أنه لم يكن فكان النظر وقع حراماً وكذا إذا كان المبيع ثوباً مطوياً فإن البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالنشر والطى فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد * وإنا كان الثاني كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت بين أحاده * وإنا كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما مال إليه المصنف يكتفي برؤية واحد منها لأن رؤية البعض تعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج إلا أن يكون الباقي أردأ منها فعلياً هذا إذا نظر إلى وجه الصبرة بطل الخيار لأنه يعرف الباقي لأنه مكمل يعرض بالنموذج والنظر إلى ظاهر الثوب مطوياً مما يعرف البقية إلا أن يكون في طية ما يكون مقصوداً كموضع العلم وإذا نظر إلى وجه الأدمي بطل الخيار لأنه هو المقصود في العبد والأمة وسائر الأعضاء تبع له * ألا يرى إلى أنه يتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء * وإذا نظر إلى الوجه والكفل في الدابة بطل الخيار لأنها مقصودان في الدواب وهذا هو المروي عن

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

عن ابي يوسف ربح و شرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكمل والموزون والعددي المتقارب في وعائين فرأها في احدهما فان كان ما في الآخر مثل ما رأى او فاقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا رد الكل لملا يتفرق الصفقة * واذا اشترى شاة فاما ان يكون للحم والمقنية اى الدر والنسل ففي الاول لا بد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه هو المعروف للمقصود **قوله** ومن رأى صحن الدار فلا خيار له رؤية صحن الدار وخارجها ورؤية اشجار البستان من خارج يستط خيار الرؤية لان كل جزء من اجزائها متعذر الرؤية كما تحت السور وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات وح سقط شرط رؤية الكل فاقمنا رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلم مقصودا كما في سمرقند * وقال زفر ربح وهو قول ابن ابي ليلى ربح لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب اى التدويرى على وفاق عاداتهم بالكوفة او بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جذرائها من خارج فاما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في ماليتها الدور بقله مرافقها وكثرتها والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر **قوله** ونظر الوكيل كنظر المشتري قيل صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكلا عني في قبض المبيع او وكلتك بذلك * وصورة الارسال ان يقول كن رسولا عني او ارسلتك او امرتك بقبضه * وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال امرتك بقبضه * اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه سقط خيار المشتري فلا يردده الا بعيب علمه الوكيل او لم يعلم * وقال الثقبه ابو جعفر

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

اذا كان عيما يعلمه الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب * واذا نظر الرسول بالقبض اليه وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله ان يردّه عند ابي حنيفة ر ح وقال لا ينظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله ان يردّه * ولما كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرويته يسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه لهما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف في ما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئا ثم وكل وكيله بقبضه فقبض الوكيل معيارا ثانيا عليه لم يسقط خيار العيب للموكل * وكمن اشترى بخيار الشرط فوكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل * وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط الخيار قصد الا يسقط خيار الموكل * ودليل ابي حنيفة ر ح مبني على مقدمة هي ان القبض على نوعين تام وهوان يقبضه وهو يرآه وناقص وهوان يقبضه وهو مستور **قوله** وهذا اشارة الى تنوعه بالنوعين وببانه ان تمام القبض بتمام الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها بتناهيها في اللزوم بحيث لا يترد الا برضاء او نضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك * واذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه * فان قيل لانسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فاسقط الخيار قصد ان لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لامحالة * اجاب المصنف ر ح بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي اجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب تعرض الى رد قياسهما على الاسقاط القصدي والى رد قولهما دون اسقاط الخيار * وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصد اوضمنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض التام ثبت للوكيل في

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف المتوكل
وكم من شيء ثبت ضمننا ولا يثبت قصدا * والثاني ممنوع فان من توكل بشيء توكل ببايتمه
لان ما لا يتم الواجب الابه فهو واجب وقوله بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما
فصار خيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الا برضاء او قضاء وما لم يمنع
تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المبيع خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا
للصفقة لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممنوع وما لم يمنع ههنا دل انها كانت تامة * ومن
موضحات ذلك ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائق وذلك للمتوكل ولم يصدر
التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه التوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لانه
على هذا الخلاف ذكر القدوري ان من اشترى شيئا على انه بالخيار فوكل وكيله بقبضه
بعد مآراه فهو على هذا الخلاف * ولو سلم بقاء الخيار فالتوكل لا يملك القبض التام لان تمامه
بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار
وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذلك وكيله وقيد بالتام لان المتوكل يملك الناقص
فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالتوكيل
فان اتمام ما ارسل به ليس اليه وانما اليه تبايغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض
والتسليم **قوله** وبيع الاعمي وشراؤه جائز بيع الاعمي مطلقا وشراؤه جائز عندنا وله الخيار
وقال الشافعي رح ان كان بصيرا فعمي كذلك الجواب * وان كان اكمه فلا يجوز بيعه
ولاشراؤه اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بمعاملة الناس العميان
من غير تكبر * وبان من اصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الامويه لغيره فاذا احتاج
الاعمى الى ما ياكل ولا يتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح
ما لا يخفى **قوله** لانه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالجديد وقد قررناه
من قبل * وفيه نظر لان قوله صلى الله عليه وسلم لم يره سلب وهو يقتضي تصورا لايجاب

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

وهو انما يكون في البصير * والاولى ان يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس
العميان من غير تكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع * ويستط خياره بمباشرة
ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بجسه فخياره يسقط بجسه * وان كان
مما يعلم بالشم فشمه وبذوقه في المذونات * واما اذا كان شجرا او ثرا على شجرة او عقارا
فان خياره لا يستط حتى يوصف له لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال
بعض ائمة بلخ يمس الحائط والاشجار فاذا باشر سبب العلم او وصف له او وصف ومس
وقال رضى سقط الخيار * وروي عن ابي يوسف رح انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف
بصير الراة وقد قال رضى سقط خياره لان التشديد مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك
الشفين واجراء موسى في حق الاخرس والاصلع واطلاق الرواية يدل على انه
يقول بذلك من غير اشتراط الوصف * قال محمد رح في الجامع الصغير قال ابو يوسف رح
في الاعمى اشترى الشيء لم يره فيقول قد رضى قال له ان يرده * وان كان في مكان
لو كان بصيرا لراه ثم قال قد رضى لم يكن له ان يرده * وقال النقيض قال بعضهم يوقف
في مكان لو كان بصيرا لراه ومع ذلك يوصف له وهذا احسن الاقاويل قال وبه تأخذ
وقال الحسن يوكل وكلا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رح لان رؤبة الموكل
بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضى ثم ابصر فلا خيار له لان العقد
قد تم وسقط الخيار فلا يعود * ولو اشترى بصيرا ثم عمى انتقل الخيار الى الصفة لان الناقل
للخيار من النظر الى الصفة العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد
وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية * **قوله** ومن رأى احد الثوبين فاشترى اهما قد تقدم
ان في الجمع بين الاشياء المتفاوتة الاحاد في البيع رؤية بعضها لا تعرف الباقي بل لابد
من رؤية كل واحد منها وعلى هذا الوراى احد الثوبين فاشترى اهما ثم رأى الآخر فله الخيار
لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يرد هما ان شاء كيلا يلزم تفريق الصفة قبل التمام وقد تقدم لنا

لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولكونها غير تامّة
يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات
المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهى عنه لما جاء في الحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم
عن تفريق الصفقة قيل تفريق الصفقة منهى عنه وهو يقتضي ردّهما جميعا ان شاء وقوله
صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي لم يره
وحده فما وجه ترجيح حديث النهي على المجيز واجيب بان موجب النهي مطرد
في جميع صورته وموجب المجيز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب او اعتق
احد العبدین او دبره والمطرد راجح * وبانه محرم والمحرم راجح على المبيح * اولانه
متاخر عن المبيح لئلا يلزم تكرار النسخ * وبان الرد كما كان غير ممكن لان رد
احد الثوبين لا يكون رد الا انه اشترى ثوبين لا احدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك
المردود على الحالة الاولى * قيل النهي عن تفريقهما مطلق وقد قيدت بما قبل التمام
فيكون متروك الظن ومثله مرجوح * والجواب ان النهي انما هو عن التفريق والتقييد
بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فانه اذا اوجب البيع في شئین لا يملك
المشتري القبول في احدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس
بضم الردى الى الجيد ترويحاً له بالجيد واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق
الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحراق فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما
لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد احدهما لا بد من رد الآخر ايضاً لان فيما نحن فيه
رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل
الاستحراق لم تنفرد على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب
بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في
خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان للمجموعة عيب والمشتري لم يرخص به لكن

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع **قوله** ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل وكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته **قوله** ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة اذ رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه عليها سقط الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبغوات العلم بالاوصاف يثبت الخيار فيبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار مصافاة وثبت احد المتناهين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوباً ملغوفاً كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي فان له الخيار ح لعدم الرضاء به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع مرئياً من قبل ولم يتغير عنها كان العلم بها حاصلًا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرط الرضاء به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجده متغيراً فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلنة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب او تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكره متمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المنسبة ظاهراً والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض **قوله** الا اذا بعدت المدة على ما قالوا أي المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه ح يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن شهد له الظاهر فالقول قوله واليه مالى شمس الاثمة السرخسي وقال رأيت لو كانت

كانت جارية شابة رآها فاشترها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير اكان يصدق على ذلك وقوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالتقول قول البائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالتقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكرف كان القول قوله مع اليمين **قوله** ومن اشترى عدل زطي العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جبل من الهند ينسب اليه الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المص لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فببيع او هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا او هبة وسلمه لم يرد شيئا منها اي من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل وانث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه او هبه وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصنفه قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما مروا ما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فلو عاد الثوب الذي باعه الى المشتري بسبب هوفسخ بان رده المشتري الثاني بالعيب بالتضاء او رجوع في الهبة فهو اي المشتري الاول او الواهب على خياره فجاز ان يرد البكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصنفه كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف رح ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه لان المساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القنوري رح

* باب خيار العيب *

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واصله الى العيب من قبيل اصابة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء

رد لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة اي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روي
 ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عن عبد بن خالد بن هودة عبد او كتب في عهده
 هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من عبد بن خالد بن هودة عبد الاداء
 ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الاداء فيما رواه الحسن عن ابي حنيفة رح
 المرض في الجوف والكبد والريّة فان المرض ما يكون في سائر البدن والاداء ما يكون
 في الجوف والكبد والريّة * وفيما روي عن ابي يوسف رح انه قال الداء المرض *
 والغائلة ما تكون من قبيل الافعال كالباق والسرقّة * والخبثة هي الاستحقاق *
 وقيل هي الجنون * وفي هذا تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب
 ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضاء داخل في حقيقة البيع
 وعند فواته ينتفى الرضاء فيتضرر بالمزوم ما لا يرضى به فان قيل فقد ير كلامه على الوجه
 المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له
 واذا فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم
 ومن انتفاءه لا يلزم انتفاء العقد وائس له ان يمسكه ياخذ بالنقصان لان الغائت وصف اذا العيب
 اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او تغييره من حيث الظاهر كالعمى والعور
 والشلل والزمانة والسن السوداء والاصبع الناقصة والسن الساقطة واما ان يكون
 بما يوجب النقصان معني لاصورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنى
 والدفرو البخري التجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابله شيء من الثمن
 لان الثمن اما ان يقابل بالوصف والاصل او بالاول دون الثاني او بالعكس لاسبيل
 الى الاول والثاني للابودي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث قوله في مجرد العقد
 احتراز عما اذا كانت الاوصاف متضودة بالتناول كما تقدم وقوله ولانه لم يرض بزواله
 دليل آخر على عدم جواز امساكه بأخذ النقصان او قيمته او ارشه وتقريره ان البائع لم يرض

بزوال المبيع عن ملكه بائناً من المسمى وفي امساكه واخذ النقصان زواله بالانقضاء فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون الزاماً على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب ايضاً لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرّة فلا ضرورة في اخذ النقصان قيل البائع اذا باع معيباً فانه هو سليم فالبائع يتضرر لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما وعدمه لهما واجيب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه ومما رسته طول زمان فانزل عالماً بصنعة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه * واما المشتري فانه ما رأى المبيع فلما ازمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار * ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك اي رؤية العيب عند احدى الحالين رضي بالعيب دلالة **قوله** وكل ما اوجب نقصان الثمن العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة * وذكر المصريح ضابطة كلية تعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان الضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالضرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله **قوله** والابق والبول في الفراش والسرقة عيب الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاة مادون السفر من المصر الى القرية او بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر ومادونه فيه سواء فلوا بقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس بابق وان ابقته منه ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات احدهما فليس بعيب * واذا بال في الفراش وهو مميز بكل ويشرب وحده فكذلك * واذا سرق درهمان من مولاة او من غيره فكذلك لا خلاها بالمقصود لانه لا يأم منه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده

في سرقة مال غيره فيكون عيبا لا تفرقة بين المولى وغيره الا في المأكولات للاكل
فان سرقتها من مولا ليست بعيب * فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع
والمشتري في حال صغره فهو عيب يرد به * واذا وجدت عندهما في كبره فكذلك *
واما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرد به لان سبب
هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب **قوله** والجنون في الصغير عيب
ابد اعناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لان
السبب في الحالتين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوما او ساعة
ثم عاوده عند المشتري في كبره يرد به * وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري ليست
بشرط كما مال اليه شمس الاثمة الحلواني وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناء
على ان آثاره ترتفع وذلك يتبين في حماليق عينيه لان الله تعالى قادر على ازالة بحيث
لا يبقى من اثره شيء والاصل في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الرد الا بالمعاودة
وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير **قوله** الذفر والبخر عيب في الجارية
الذفر رائحة مؤذية تجيء من الابط والذفر بالذال المعجمة حدة الرائحة طيبة كانت
او كريهة ومنه مسك اذ فروا بطفرء وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب في الجارية
وهكذا في الرواية والبخر نتن رائحة الغم كل منهما عيب في الجارية للاخلال
بما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل
بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون فاجسا لا يكون في الناس مثله لانه ح يكون من داء
والداء نفسه يكون عيبا والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول مخل
بالاستفراش والثاني يطلب الولد فان الولد يعبر بامه اذا كانت ولدا الزنا وليس بمخل في المقصود
من الغلام وهو الاستخدام الا ان يتكرر ذلك منه على ما قال المشائخ رح فانه يصير عادة
فيحتاج الى اتباعهم وهو يخل بالخدمة **قوله** والكفر عيب فيهما اي في الجارية والغلام

والغلام لان طبع المسلم يتغير من صحبته والنقرة عن الصحبة تودي الى فلة الرغبة وهي تونر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه من كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتي اليمين والظهار عند بعض فتختل الرغبة * فان اشتراه علي انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد وان اشتراه علي انه كافر فوجده مسلما لا يرد عندنا لانه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم * فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه علي انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة * وقال الشافعي رحمه الله فانه شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج * والجواب ان هذا امر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بان ارتفع عنها في اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيها عند ابي حنيفة رحمه الله وادعى المشتري بعد ثلاثة اشهر من وقت الشراء فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله او اربعة اشهر وعشر فيما روي عن محمد رحمه الله او سنتين فيما روي عن ابي حنيفة وزفر رحمه الله انها لم تحض لحبل بها ولداء كان ذلك عيبا ترد به * والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة * وفي الداء قول الاطباء ويقبل فيه قول العدلين * وقال ابو المعين يكفي قول عدل واحد منهم * وقيدنا بان يكون الدعوى بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصفاء الى ذلك وبان يكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض او على انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة للداء لان العادة في النبي خلقت على السلامة الحيض في آوانه والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا تجاوزت اقصى العدد وهو سبعة عشر سنة ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء عيب ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامّة فان

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

انكر البائع ذلك لا ترد عليه الا بالحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدها فيستحلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط * وعن ابي يوسف ررح انها ترد قبل القبض بقول الامة وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز ان يفسخ بشهادتهن **قوله** واذا حدث عند المشتري عيب اذا حدث عند المشتري عيب بأفة سماوية او غير هائم اطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بتقصان العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشرا وثمن او سدس او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد اضرار بالبائع لان خروج المبيع عن ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به اضرار والاضرار صمتع ولا بد من دفع الضرر عنه اي عن البائع ويجوز ان يعود الى المشتري لانه ايضا يتضرر بالعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعه الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه الحادث لانه رضي بالضرر والرضاء اسقاط لحقه كما ان للمشتري ان يأخذه بعيبه القديم * فان قيل اين قولكم الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وههنا كذلك كما مر **قوله** ومن اشترى ثوبا فقطعه من اشترى ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي هو عيب حادث لا يقال البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ان يرجع جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غرر بتدليس العيب * لانا نقول المعصية لا تنع عصمة المال كالغاصب اذا اصبح المقتصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار للبائع لا لفعل باشرة وفي عدم الرد وان كان اضرار للمشتري لكن لعجزه بما باشرة فكانا سواء فاعتبر ما هو نظر لهما الا اذا قال البائع انا قبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الركن لحقه وقد رضي به

به فكان اسقاط الحق * فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعير افتحره فلما شق بطنه وجد امعاء فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند ايحيفه رح * واجيب بان النحر افساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقة فاختل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لانه جاز ان يقول البائع قبله كذلك فلم يكن الرد ممتمعا برضاء البائع فاذا اشترى يصير بالمبيع حابسا للمبيع ولا رجوع بالنقصان اذ اكان لا مكان رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر اولت السوق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليه معها ولا سبيل الى شيء من ذلك * اما الاول فلانها لا تنفك عنه * واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق الشرع لكونه ربوا فليس للبائع ان يقول انا آخذة فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة ههنا تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخيطة * واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع او غير متولدة فالمتصلة المتولدة كالجمال والسمن لا يمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخيطة يمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر يمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما ان الكسب ليس بمبيع بحال مالا انه تولد من المنافع والمبايع غير الاعيان ولهذا كان منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربو فان باع المشتري الثوب المخيطا والثوب
المصبوغ بالحضرة او السويق الملتوت بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان
الرد كان مستتعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع
قبل الخياطة كان حابسا * والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك
المشتري وبممكنه الرد برضى البائع فاذا اخرجته عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب *
وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضى به البائع فاذا اخرجته عن ملكه
رجع بنقصان العيب وعن هذا اي عما قلنا ان المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع
بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لبا سألوه الصغير
وخاطه ثم اطع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التملك حصل قبل الخياطة لانه
لما قطعه لبا سألوه كان واهباله وقابضالا جله فتم الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير
فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبائع ان يقول انا قبله كذلك
اكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تملك له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب *
وهذه نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة
ليس بمحتاج اليه الا انه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان
العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع
حقا للشرع بسبب الزيادة في التملك والنسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد
قبله * وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطة والصغ واللت **قوله** ومن اشترى عبدا فاعتقه
اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك
ينتهي به اي يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الردح وفيه اضرار للمشتري بما ليس بفعله
وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر * فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل
على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب احمر

احمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع لا بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربوا ورد بانه يجب ان يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق ان يقال في الجواب عدم الرد في الصبي بما حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد صار حابسا حكما فكانه في يده بحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انتهاء الملك لان الادمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما ثبت الملك فيه موتا الى وقت الاعتاق والموت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انتهاء **كالموت قوله** وهذا اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باقٍ والرد متعذر فصار حابسا لا ترى ان الولاء يثبت بالعتق والولاء اثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك * والتدبير والاستيلاء بمنزلة الاعتاق لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالامر الحكمي مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانتهاء يحتاج اليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائنا وهما الملك متقرر فلا حاجة اليه * وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رح انه يرجع لان الاعتاق انتهاء الملك وان كان بعوض لان المال فيه ليس باصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به فان قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية * وعن ابي يوسف رح انه يرجع وذكر في الينابيع قول محمد رح معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دينوي يعتد به بدلا كلقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

اي مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك نصار
 كما لمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعناق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا
 لعدم نفوذه ومن احذر الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصربه مستعضا
 فيمنع الرجوع * واذا كان المبيع طعاما فاكل كله او ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عندا يحنفترح
 استحسانا وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع ما يقصد بشراة ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعناق *
 ولا يحنفترح ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع او قتل وذلك
 لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك
 بمنزلة عوض سلم له * والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصود الان البيع مما يقصد
 بالشراة ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق * وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب
 عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض * وعن ابي يوسف
 ومحمد رح روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء
 واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض
 اولي * وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه
 ويرجع بنقصان العيب فيما اكله * وفي بيع البعض عنهما روايتان في احد لهما لا يرجع بشيء
 كما هو قول ابي حنيفة رح وهو المذكورهما لان الطعام كشيء واحد فيبيع البعض فيه
 كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بنقصان العيب
 فيما باع اعتبار البعض بالكل **قوله** ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او جوزا او شيئا
 من الفواكه فكسره غير عالم بعيبه فوجد الكل فاسدا بان كان منتنا او مرا او خاوا بحيث
 لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيئا بعد مذاقه فله ان يرجع بالثلث
 كله لانه تبين بالكسره ان لبس بمال اذا المائل ما ينتفع به اما في الحال او في المال والمذكور ليس
 كذلك وتظن من القيود باضدادها فانه اذا كسر عالم بعيبه صار راضيا وان اصلح لاكل

لاكل بعض الناس أو الدواب أو وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد وان تناول منه شيئا بعد ما ذاقه صار راضيا * وإذا لم يكن مالا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فإن قيل التعليل صحيح في البعض لأن القشرة لا قيمة له وما الجوز فربما يكون لقشرة قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لغزته فيجوز أن يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب إليه بعض مشائخنا أجاب المصريح بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشرة على ما قيل لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر وإذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقه باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن * وعلى هذا أن كان المبيع يرضى العامة فوجد بها بالكسر مذرة ذكر بعض المشائخ أنه يرجع بنقصان العيب * وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية يرضى العامة قبل الكسر باعتبار القشر ومافيه وإذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرد له لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي رحمه الله يرد له لأن الكسر وان كان عيبا حادثا لكنه بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لأنه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فإنه يرجع بالنقصان بالاجماع وأن حصل التسليط منه لكونه هدرًا ولو وجد البعض فاسدا فالفاسد أما أن يكون قليلا كائنين في المائة أو كثيرا كما فاقه ففي الأول جاز البيع استحسانا وليس له أن يخاضع المبيع لاجله لأنه عند الإقدام على العقد الظاهر من حاله الرضاء بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والرقن **قوله** ومن باع عبدا فباعه المشتري من باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فاما أن قبل بقضاء القاضي أو غير قضاء القاضي فإن كان الأول فاما أن يكون باقرا ومعنى القضاء في هذه الصورة أن الحضرم

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك فانبت الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التأويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وح ليس له ان يرد على بائعه لانه اقالة واما ان يكون ببينة او باباء يمين وفي كل ذلك له ان يرد على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب قوله غاية الامر اشارة الى جواب زفر رح عما قال اذا جحد العيب ليس له ان يدعى على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متافضا ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار امكذ باشرا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقران البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن وقوله هذا بخلاف الوكيل اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس ردا على البائع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فردة على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان وبرد احدهما لا يرد الآخر * وان كان الثاني فليس له ان يرد لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض * اما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما اذا كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالد بختيار الشرط او بختيار الرؤية * وصرح بذكر وضع الجامع الصغير ليبين ان الجواب في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الرائدة او الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان قد ينوهم ان العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله ان يرد على بائعه للتيقن بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات بيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة نعهد النراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا

فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول لخاصه **قوله** ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان اقام المشتري البينة فهو ان شاء يدفع الثمن او المبيع * واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار ما يمين البائع او بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار والنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به واجابوا بوجه * بانه من باب علفتها تبا وماء بارد تقديره وسقيتها ماء باردا * وبان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يدرج تحته الغائبان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها انه بمعنى اطعمتها فانه يستعمل في السقي كما استعمل الطعام في معنى الشرب قال الله تعالى ومن لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشربه * وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية * والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم **قوله** لانه انكرو وجوب دفع الثمن لتعليل لعدم الاجبار لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن لانه انكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن او ليس الاتعين حق البائع بازاء تعين المبيع فحيث انكر تعين حقه في المبيع لان حقه في السليم فقد انكر علة وجوب دفع الثمن او لا وفي انكار العلة انكار للمعلول فانصب خصما ولا بدح من حجة وهي اما بيئته او يمين البائع * فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسناد ايمين البند لا اقامة البينة بالحديث * فالجواب ان الاعتبار بالمعنى لا بالضرورة وهو فيه مدعى مدعى ما يوجب دفع وجوب دفع الثمن او لا وان كان في الصورة منكر او قوله ولانه لو قضى بالدفع دليل آخر يتضمن جواب ما قيل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه

(كتاب البيوع - باب خيار العيب *)

المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق * وتقريره ان ماد عاه المشتري وان كان موهوماً لكن يجب على القاضي اعتباره صوناً لقضائه من النقص فانه ان قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء **قوله** فان قال المشتري شهودي بالشام اذا اطلب من المشتري اقامة البينة على ماد عاه فقال شهودي غيب استخلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضرراً للبائع فان قيل في الزام المشتري دفع الثمن ضرره ايضا اجاب المص بقوله وليس في دفع الثمن كثير ضرره لانه على حجه يعني هو بسبيل من اقامة البينة عند حضور شهوده وفيه بحث من وجهين * الاول ما قيل في بقاء المشتري على حجه بطلان قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه * والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود فكيف كان احدهما ضرراً والاخر دونه * والجواب عن الاول ان القاضي هنا قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقاً فلا يلزم البطلان * وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز ان يكون ذلك مما طلة فلا يسمع قوله في حق غيره * واذا اطلب المشتري يمين البائع فنكل الزمه العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب * قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند ابي حنيفة رح **قوله** ومن اشترى عبداً فادعى ابا فاذ ادعى المشتري ابا فادعى العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده سمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضاء او الابرأ وان انكر وجوده عنده او ادعى اخلافاً في الحالة قال القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليمين يستخلف انه لم يبق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكر لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به

به في يد المشتري لان السلامة اصل والعيب عارض ومعرفة انما تكون بالحجة وفيه بحث
من وجهين * احدهما ان البيعة انما تقبل عن المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس
بمدع بل فيما اذا ادعى العيب في يد البائع * والثاني ان سلامة الذمم عن الدين
اصل والشغل به عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فاي فرق
بين مانحن فيه وبين ما اذا ادعى على الآخذ بنا و انكر المدعي عليه ذلك فان القاضي
يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال واجب عن الاول
بان اقامة هذه البيعة من تمت اقامة البيعة على ان العيب كان عند البائع لعدم تمكنه
من تلك الابهة وكانت من المدعي بهذا الاعتبار * وعن الثاني بان قيام الدين في الحال
لو كان شرط الاستماع الخصومة لم يتوصل المدعي الى احياء حقه لانه ربما لا يكون له بيعة
او كانت له بيعة لكنه لا يقدر على اقامتها لموت او غيبة بخلاف مانحن فيه لان توصل المشتري
الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد امكن اثباته بالتعرف عن آثاره
وان لم يعرف بالآثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل * واذا ظهر
هذا فاذا اقام المشتري البيعة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق
عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وان شاء حلفه
بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط ولا يحلف
بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب
للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه
وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا ويجوز ان يحدث العيب بعد البيع
قبل التسليم ويكون فرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا ففي وجودة
في احد لهما يكون باراً لان الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري * وانما قال يوهم
تعلقه بالشرطين اشارة الى ان تاويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه موهم لذلك

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

لما ذكر لان شمس الاثمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال الا انهم قالوا النظر للمشتري
 ينعدم اذا استخلف بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والاصح عندي الاول
 لان البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكران باراً في يمينه اذا لم يكن العيب منتقياً
 في الحالين جميعاً * وعلى هذا فلنقل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال اما
 لا يحلفه بالله لقد باعد وسلمه وما به هذا العيب وعالله بانه يوهم تعلقه بالشرطين فيناً وله *
 وقالوا انما قال يوهم لان ذلك التأويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التأويل صحيحاً كان التحليف
 به جائزاً وهو يناقض قوله لا يحلفه الا اذا حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم
 فان قيل الا باق فعل الغير والتحليف على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات
 فالجواب ان الاستخلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليماً كما
 التزمه * وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف
 انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان لي علماً بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم
 بذلك فان لم يجد المشتري بينه على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما علم
 انه ابق عند المشتري هل له ذلك او لا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشائخ على
 قول ابي حنيفة رح وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل
 لا خلاف في هذه المسئلة لهما ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البيئة وكل ما يترتب
 عليها البيئة يترتب عليها التحليف بالاستقراء ولا يبي حنيفة رح على قول من يقول لا تحليف
 على مذهبه ان الحلف مترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم
 ولا يصير المدعى وهو المشتري ههنا خصماً الا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز
 عنها * ولانهم ان كل ما يترتب عليها البيئة يترتب عليها التحليف فان دعوى الوكالة
 يترتب عليها البيئة دون التحليف والبيئة لا تستلزم الدعوى فضلاً عن صحتها بل قد
 تقوم على ما لا دعوى فيه اصلاً كما في الحدود بخلاف التحليف * والفرق ان التحليف شرع

شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم ولا يكون المشتري ههنا خصما الا بعد
 اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة ههنا فمشروعة لا ثبات كونه خصما
 فلا تستلزم كونه خصما واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا انكرد على البينات على
ما تقدم قال المصريح ان كان الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال
 لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ لما تقدم فلو حاف مطلقا كان ترك النظر
 في حق البائع لانه اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق عند البائع في حالة الصغر
 ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة
 فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرر به **قوله** ومن اشترى جارية وتقاضا ومن اشترى
 جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع فوجد المشتري بهما عيبا فاراد البائع تنقيص الثمن
 على تقدير الرد فقال بعثك هذه واخرى معها وقال المشتري بعثها وحدها لقول
 قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض لانه اعرف
 بما قبض كما في الغصب فانه اذا اختلف الغاصب والمغضوب منه فقال المغضوب منه
 غضبت مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا لقول قول الغاصب لانه القابض
 وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض في مقداره بان كان المبيع جارين
 ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احدهما لقول قول المشتري
 لما بينا ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا اولى لان
 كون المبيع شيئين اماراة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق
 لقبضهما **قوله** ومن اشترى عشرين صنقة واحدة رجل قال لا خير بعثك هذين العبدان
 بالف درهم فقبل وقبض احدهما وهو سليم فوجد بالآخر عيبا ليس له ان يرد المعب
 خاصة بل ياخذهما او يدعهما جميعا لان الصنقة تتم بقبضهما لما ان تصرف المشتري
 بالمبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصنقة فحينئذ وما تم بقبض الصنقة بقبض بعضه

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

لا تتم لتوقفه على قبض الكل اذ اكد بالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو لا يجوز لما ذكرناه يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لم تتم قبله وهذا اي التفريق في القبض لا يجوز لان القبض شبه بالعقد من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد ولو قال بعث منك هذين العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا **قوله** ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه اذ اوجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شروح الجامع الصغير اختلف المشائخ فيه وكلام المص يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال ويروى عن ابي يوسف رح انه يردده خاصة ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البديلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان يردده خاصة وقال زفر ربح لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر اذا العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض بجامع دفع الضرر واشبه خيار الرؤية والشرط ولنا انه اذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضار بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في خيار الرؤية ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضاء من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما اوجب العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما يلزم من تدليس له فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز * قبل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما

اما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصرعي الباب فانه يرد هما او يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد الف احد هما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة **قوله** ولهذا اي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله لو استحق احدى العبدین بعد قبضهما ليس للمشتري ان يرد الآخر بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد الثمام **قوله** ومن اشترى شيئاً ما يكال او يوزن تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في سائر الاعيان وبعده يجوز في غير المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد او في وعائين على اختيار المشائخ * وقيل اذا كان في وعائين فهو بمنزلة عبد بين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرد على الوجد الذي خرج من ضمان البائع * وجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد اسما وحكما * اما الاول فلانه يسمى باسم واحد ككروفتيز ونحوهما * واما الثاني فلان المالبة والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة با نفراد هالست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعلت رؤية بعضها كروية كلها كالثوب الواحد وفي الشئ الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الارجاء الكل او امساكه لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين عن ابي حنيفة رح ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لانه لا يضرة التبعض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانهما في المالمية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالمية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزة ليرده لان تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب وبخلاف الثوب الواحد فان التبعض يضره والشركة عيب فيه زائد

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

فلم يبق الا رد الكل او امساكه **قوله** والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سوال * تقريره
انتقاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصنفه قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق
لم يكن راضيا * وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصنفه لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء
المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه والاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا
فلما في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعد ما افرق باقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد
يستدعي تمام رضاء العاقد لا المالك وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان
بعد القبض وما اذا كان قبله فله ان يرد الباقي لتفرق الصنفه قبل التمام وهذا يرشدك
الى ان تمام الصنفه يحتاج الى رضاء العاقد وقبض المبيع وانتقاء احدهما يوجب عدم
تمامها وان كان المبيع ثوبا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار
في رد ما بقي لان التشخيص في الثوب عيب لانه يضر في مالته والانتفاع به * فان قيل
حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب اجاب المص ر ح
بقوله وقد كان وقت البيع يعني انه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث
ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشخيص ليس بعيب فيهما
حيث لا يضر وتنبه بكلام المص ر ح تجد حكم العيب والاستحقاق سنيين قبل القبض
في جميع الصور اعني فيما يكال او يوزن او غيرهما اما العيب فظاهر واما الاستحقاق فلقوله
اما اذا كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصنفه قبل التمام وتجد حكمهما
بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في العبدين ولهذا لو استحق احدهما
ليس له ان يرد الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله او اخذه ومراة بعد القبض ثم قال
ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي **قوله** ومن اشترى جارية فوجد بها قر حامدا واة
المشتري جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عذر رضي بالمعيب لان ذلك
دليل قصده الاستبقاء لان المداواة ازال العيب وهي تمنع الرد لان قبضه وهو قيام العيب

شرط التمكن من الرد فكانت دليل تصد الامساك ودليل الشيء في الامور الباطنة
 يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضاء بعيب
 لا يستلزم رضا بغيره وكذلك الركوب لمهاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختيار
 بالركوب فلا يكون مستقطان ركبها ليرد ها على بائعها او ليشتريها او ليشتري لها علنا
 فليس ذلك برضى اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له منه بد او لا لان
 في الركوب ضبط الدابة وهو احتفظ لها من حدوث عيب آخر واما للشتي والعلف
 فمحمول على ما اذا لم يجد منه بد الصعوبة الدابة لكونها شموسا او لعجزه عن المشي
 لضعف او كبر او لكون العلف في عدل واحد اما اذا وجد منه بد الانعدام الاولين او لكون
 العلف في عدلين وركب كان الركوب رضى لان حمله ح ممكن بدون الركوب
قوله ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم
 به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان يردده وياخذ الثمن كله
وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة رج وقالوا انه يقوم سارقا وغير سارق
 فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع
 من القتل العمد والردة لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وهو
 لا ينافي المالمية الا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فيكون المالمية
 باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتد هالكنه متعيب به لان مباح اليدا والد لا يشتري كالمسلم لانه
 اشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المعيب عند تعذر الرد يرجع فيه
 بنقصانه وههنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل نظرا هروا ما في صورة القطع وان الاستيناء وقع
 في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومنه مانع من الرد بعيب
 سابق لما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل في وقت
 الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاصلا

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب
والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق
والمستحق لا يتناول العقد فينقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله * اولانه باع
مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان زده كما لو استحق بعض العبد فردة وصار كما
اذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فردة على المولى فاقتص منه في يده
فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب * والجواب عن مسألة الحمل
انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابى حنيفة رح فالمشتري يرجع على البائع
بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشتري
ولئن سلمنا فنقول ثمه سبب الموت هو المرض المتألف وهو حصل عند المشتري * وعن قولهما
سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف
للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بدعنى على العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم
خمن هذا الوجه صارت المالية كانه هي المستحقة * واما اذا مات في يد المشتري فيتقرر الثمن
عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلماذا ملك في ضمان المشتري واذا قتل
فقد تم الاستحقاق * ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك
من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل
من عليه القصاص خطأ كان الدية لورثته دون من له القصاص **قوله** ولو سرق في يد البائع
ثم في يد المشتري اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فنقطع بهما
عندهما يرجع بالتقصان كما ذكرناه آنفا وعند ابي حنيفة رح لا يردده الا برضى البائع
للعيب الحادث وهو النطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من ان يقبله البائع كذلك
وان لا يقبل فان لم يقبل يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع
بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلاثة ارباع الثمن لان اليد نصف الادمى وتلفت

تلفت بالجنايتين وفي احد لهما الرجوع على البائع فينقسم النصف عليهما نصفين والنصف الآخر يرجع فيه على البائع لردة العبد عليه * فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم لم يكن هنا كذلك * اجيب بان هذا اعلى قول ابي حنيفة رح نظرا الى خبرانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه * فان قيل اما تذكرون ما تقدم ان حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكمل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف ههنا بينهما * قلنا بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يكفي شبهها بين ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول لينتقض القبض من الاصل لما مر آنفا **قوله** ولو تد اولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تد اولته الايدي بالبياعات ثم قطع اليد في يد الاخير يرجع الباعة وهي جمع البائع كالحاكة جمع الحائك بعضهم على بعض عند ابي حنيفة رح كما في الاستحقاق لانه بمنزلة وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كما في العيب لانه بمنزلة وهذا لان المشتري الاخير لم يصرح باسما حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب كما تقدم **قوله** وقوله في الكتاب اي قول محمد رح في الجامع الصغير ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضى به * ولا يفيد على قول ابي حنيفة رح في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة رح انه لا يرجع لان حل الدم من وجهه كالاستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فله شبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به وقد اشتراه * قال شمس الائمة

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

إذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة ربح يرجع بالثمن أيضا إذا قتل عنده لأن هذا بمنزلة الاستحقاق * وقال فخر الإسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء لأنه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لا نأخذنا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لأن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن لكنه يجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لاحقيقته عند أبي حنيفة ربح لأن في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب أن كونها أصح أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال * ويجوز أن يكون من حيث الدليل * وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا بأنه بمنزلة العيب أو أنه عيب من وجه وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجري مجراه **قوله** ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح سمي العيوب وعدّها أولا علمه البائع أولم يعلمه وقف عليه المشتري أولم يقف أشار إليه أولا موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة ربح وأبي يوسف ربح في رواية * وقال محمد ربح لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف ربح وهو قول زفر والشافعي ومالك رحمهم الله وقال زفر رحمه الله إذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط * وقال الشافعي ربح لا تصح البراءة عن كل عيب مالم يقل عن عيب كذا أو عن عيب كذا وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية مالم يره المشتري * وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين أبي حنيفة ربح في مجلس أبي جعفر الدوانيقي فقال له أبو حنيفة ربح أرايت لو باع جارية في المأثني منها عيبا كان يجب على البائع أن يري المشتري ذلك الموضع منها أرايت لو أن بعض خدام أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برصا كان يلزمه أن

ان يري المشتري ذاك وما زال عدد حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع به * الشافعي رح
يقول اذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفي قول آخر له البيع صحيح والشرط
باطل بناء على مذهبه ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في البراءة معنى
التملك ولهذا لو ابرأ المديون عن دينه فردا براءة لم يصح البراءة وتمليك المجهول
لا يصح ولنا ان البراءة اسقاط لا تملك لانه لا يصح تملك العين بهذه اللفظة ويصح البراءة
باسقطت عنك ديني ولانه يتم بلا قبول والتملك لا يتم بدونه والاسقاط لا تضي الجهالة
فيه الى المنازعة لان الجهالة انما ابطلت التمليكات بغوات التسليم الواجب بالعقد وهو
لا يتصور في الاسقاط فلا تكون مبطله له ولهذا اجاز طلاق نسائه واعتاق عبده وهو لا يري عدد هم
قوله وان كان في ضمنه التملك اشارة الى الجواب عن قوله يرتد بالرد * وتقريره ان ذلك لما فيه
من معنى التملك ضمننا وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لاننا بينا ان محض التملك لا يبطل بجهالة
لا يفوت التسليم كما اذا باع ففيزا من صبرة فلان لا تبطل الاسقاط الذي فيه معنى التملك
والمستط متلاش لا يحتاج الى التسليم اولى * وجه قول محمد رح ان البراءة تناول الثابت
حال البراءة لان ما يحدث مجهول لا يعلم ايحدث ام لا واي مقدار يحدث والثابت
ليس كذلك فلا يتناوله وابو يوسف رح يقول الغرض من البراءة الزام العقد باسقاط
حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة
عن الموجود والحادث * فان قيل لو نص بالحادث فقال بعث بشرط البراءة عن كل عيب
وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيبه كيف يدخل في مطلق البراءة
قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يضح عند ابي يوسف رح خلافاً لمحمد رح
سلامناه ولكن الفرق بان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث
قبل القبض تبعاً وقد يدخل في التصرف تبعاً ما لا يجوز ان يكون مقصوداً * والجواب
من قوله ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

قوله ويدخل في هذه البراءة احتراز عما لو قال بعثت هذا العين على اني برئ من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود والله اعلم

* باب البيع الفاسد *

تاخر غير الصحيح من الصحيح لعلته غير محتاج الى تنبيه ولتنب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا * وكل ما اورث خلا في ركن البيع فهو مبطل وما اورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المتصور منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف انفه والدم والحرباطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند احد ممن له دين سبوي وانما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وامثالها فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف رح في التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف انفه فان بيعها فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومته في بيعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهي مبادلة المال بالمال فانه اي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند البعض من اهل الكفر وانما اولنا بذلك لانه مال عندنا بخلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطال تقومها في حق المسلمين كيلا يتمولوا بها كما ابطال قيمة الجودة بانفرادها في المكمل والموزون ولو اراد بقوله عند البعض المسلمين لم يخرج الى تاويل لكنه خلاف الظاهر **قوله** والباطل لا يفيد ملك التصرف كانه اشارة الى الفرق بين الباطل والفاسد فالباطل لا يفيد ملك التصرف وكل ما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون امانة عند بعض المشائخ منهم ابو نصر احمد

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

احمد الطواويسى وهور رواية الحسن عن ابي حنيفة رح نص على ذلك فى السيرا الكبير
 نقله ابوالمعين فى شرح الجامع الكبير لان العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض باذن
 المالك فىكون امانة وعند بعض آخر منهم شمس الائمة السرخسى رح وهور رواية
 ابن سماعه عن محمد رح يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم
 الشراء لو وجود صورة العلة هنادون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك
 ههنا والمقبوض على سوم الشراء وهوان يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيت
 اشريته بعشرة اما اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه
 ابو الليث رح فى العيون قيل وعليه الفتوى * وقال محمد بن سلمة البلخي الاول
 قول ابي حنيفة رح والثاني قولهما كما فى بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى
 والفاسد يقيد الملك عند اتصال القبض به اى اذا كان ذلك القبض باذن المالك
 باتفاق الروايات * واما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر
 فى الماذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع
 بالقبض كالخمر والخنزير فاما اذا كان شيئا يملكه فقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض *
 فان قيل لو افاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطى جارية اشتراها بشراء فاسد وجاز
 اخذ الشفعة للشفيع فى الدار المشتراة بشراء فاسد ويحل اكل طعام اشتراه كذلك
 لان الملك مطلق له لكن ليس له ذلك * فالجواب انما لم يحل وطئها واكله ولم تثبت
 الشفعة فيما ذكرت لان فى الاشتغال بالوطى والاكل اعراضا عن الرذوفى القضاء بالشفعة تقرير
 الفساد وتاكيد فلا يجوز * واعلم ان المشائخ رحمهم الله اختلفوا فى مبنى جواز التصرف
 للمشتري فى المشتري بشراء فاسد فذهب العراقيون الى انه مبنى على تسليط البائع
 على ذلك لاعلى ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك العين ملك الامور
 المذكورة ولم يملكها * وذهب مشائخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين *

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

واستد لو ابما اذا اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دارا للمشتري ان يأخذها
 بالشفعة لنفسه * ولو اشترى جارية بشراء فاسد فقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء *
 ولو باع الاب او الوصي عبداً يتيماً ببيع فاسد او قبضه المشتري ثم اعتقه جازعتقه ولو كان عتقه على
 وجه التسليط لما جاز لان عتقهما وتسليطهما على العتق لا يجوز * فعلم بهذه الاحكام انه يملك
 العين * واجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الاصح واذا كان مفيد الملك
 عند اتصال القبض به كان المبيع مضموناً في يد المشتري فيه اي في البيع الفاسد وفيه خلاف
 الشافعي رح وسنبينه بعد هذا في اول الفصل الذي يلي هذا الباب **قوله** وكذا بيع المبتة يعني
 كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست اموالا فلا تكون محلاً للبيع
 واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو ما ان يكون بالدين كالدراهم والدنانير او بالعين فان كان الاول
 فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر
 ويفيد ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا
 الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير متقوم اي غير معزوز يقابله قيمة لان الشرع امر بهاته
 وترك اعزازه وما امر الشرع بترك اعزازه لا يكون معزوزاً فلا يكون متقوماً وفي تملكه
 بالعقد مقصود اي يجعله مبيعاً اعزازه وهو خلاف الما موربه وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه
 متى اشترى ما بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب
 في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف الما موربه فسقط التقوم اصلاً
 لئلا يفضي الى خلاف الما موربه وح يكون البيع باطلاً بخلاف ما اذا اشترى الثوب
 بالخمر لان مشتري الثوب يجعله مبيعاً انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز
 للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف
 ما امر به فلا يكون باطلاً وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع
 الخمر بالثوب يكون البيع فاسداً وان وقع الخمر مبيعاً والثوب ثمناً بدخول الباء لكونه

لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنًا ومثمنًا فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجع
 جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان **قوله**
 وبيع ام الولد والمد بروا المكاتب فاسد بيع ام الولد والمد بروا المكاتب فاسد اي باطل
 وانما فسره بذلك لئلا يتوهم انه يفيد الملك باقتضال القبض والامر بخلافه والدليل
 على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الى آخره وتحقيقه ان بين استحقاق
 العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الا بطلان
 وثبوت الملك يطلها واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله صلى الله عليه واله وسلم اعتقها
 ولدها فينتفي الآخر * لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وانتم تحملونه
 على حقه فلا يصلح دليلا * لان المجاز مراد بالاجماع * وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد
 سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لثنا في الموازم فان الملك
 مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية
 ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان اما غير ثابت مطلقا او ثابتا بعد الموت
 والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال الاولى * وكذلك
 الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا
 الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بان انعقاد التدبير سببا في الحال
 وتأخر الحكم الى ما بعد الموت * وكذلك بين استحقاق المكاتب يد اعلى نفسه
 لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى
 ثابت لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضى المكاتب فينتفي الآخر * وانما قيد بقوله
 في حق المولى لانه غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيزه نفسه *
 فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحروح بطل بيع القن المضموم اليهم في البيع
 كالمضموم الى الحر والامر بخلافه * فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

محلينه للبيع اصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء بحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما بين * ولهذا جاز بيع ام الولد والمدر والمكاتب من انفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلالة في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم بقبلي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصصة بقاء جائز * بخلاف الجرفانه لما لم يدخل لعدم المحللية لزم البيع بالحصصة ابتداء وانه باطل على ما يجه **قوله** ولورضي المكاتب بالبيع فقيه روايتان والاظهر الجواز واذا رضي المكاتب بالبيع فقيه روايتان والاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فلما استقط حقه برضائه انفسخت الكتابة وجاز البيع * وروي في النوادر انه لا يجوز والمراد بالمدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي رح وقد تقدم فيه وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالوا تجب عليه قيمتهما وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهذا ليس على ظاهرة بل الروايتان عنه في حق المدر * وروي المعلق عن ابي حنيفة رح انه يضمن قيمة المدر بالبيع كما يضمن بالغصب واما في حق ام الولد فانفتحت الروايات عن ابي حنيفة رح انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لما بينهما * والفرق لا يبين ضمان الغصب في المدر وضمان بيعه في غير رواية المعلق ان ضمان البيع وان اشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه اي ان كل واحد من المدر وام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدر وام الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما مر آفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء * فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا

فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتلك المضموم ولا يحنيفة ربح ان جهة البيع انما يوجب الضمان في الاموال الحافا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا يلحق الجهة بها فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة **قوله** وليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان تكون عائدة الى غيره كنبوت حكم البيع فيما ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبد امع عبد المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا **قوله** ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاده بيع السمك قبل الاصطياد بيع مالم يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم القاه في الحظيرة فلا يخ اما ان تكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا اسلمها الى المشتري فله خيار البرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء نصارك انه اشترى مالم يره **قوله** الا اذا اجتمعت استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى من الماخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه * وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة عليها المدخل ملكها اما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا كما لو باع الطير في ارض انسان او فرخت فانه لا يملك لعدم الاحراز * ولا يشكل بما اذا غسل النحل في ارضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير ان يحزره او يهيئ له موضعا * لان العسل اذا كان قائم بارضه على وجه القرار نصارك لشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

فانها ليست فيها على وجه القرار **قوله** ولا يبيع الطير في الهواء يبيع الطير في الهواء على ثلاثة اوجه * الاول بيعه في الهواء قبل ان يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك * والثاني بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده وهو ايضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم * والثالث يبيع طير يذهب ويحيى كالحمام وهو ايضا لا يجوز في الظاهر * وذكر في فتاوى قاضيخان وان باع طيرا له في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا ولا يجوز بيع الحمل ابي الجنين ولانتاج الحمل وهو حبل الحبل وقد نهى النبي صلى الله عليه واله وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبله والنتاج في الاصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن اريد به المتزوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلان فهي حبلان فسمي به المحبول كما سمي بالحمل وانما ادخلت عليه التاء اشعارا بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فابطله رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوي عنك علمه * قال في المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدري ا يكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء **قوله** ولا اللبن في الضرع للغرر يبيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة * للغرر لجواز ان يكون الضرع منتخايطن لبنا والغرر منهى عنه * وللنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بان يترك داعية اللبن * ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعدر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين * لانه من اوصاف الحيوان لان ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه * ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها اجاب بانها تريد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خطافي

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

في اعلاها وتركها ايا ما يبقى الخيط اسفل مما في راسها الآن والا على ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه * اما الصوف فان نموه من اسفله فاذا خصب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالخضوب يبقى على راسه لا في اصله فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه اجاب بان القصيل وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقطع * واما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يعهد فيه القلع اى التف فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على الظهر **قوله** وجذع في سقف اذا باع جذع في سقف او ذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكرا القطع اولا لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبته العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع ويتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعض مضرة كببيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء العلة ولولم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المنع وهو الضرر * ولو باع النوى في التمر او البزير في البطيخ لم يصح وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اى هوشى مغيب وهوشى غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة في سنبليها وامثالها بيع ما في وجوده احتمال فانه شىء مغيب في غلافه فهو جائز اجيب بان جوازه باعتبار صحة اطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبليها انما يقال بيعت هذه الحنطة فالمدكور صريحها هو المعتقد عليه فصح العقد اعمالا لتصحيح لفظه * واما بزير البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزير والنوى والحب لا يطلق عليه اذ لا يقال هذا بزير ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع

(كتاب البيوع — * باب البيع التاسع *)

مذكور أو ما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واطمئنان وطريق من لا يرى ذلك عرف في أصول النقه **قوله** أما الجذع فعين موجودا إشارة إلى تمام الفرق بين البزور والنوى والجذع المعين في السقف بان الجذع المعين موجود اذا الفرض فيه والنوى والبزور ليسا كذلك فإن قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح شاة و سلخ جلد ها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها واكارها آجيب بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقته فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم هناك معني أصليا لانه اعتبر عا جزا حكما لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد * واما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعرض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ويجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم **قوله** وضربة القانص القانص الصائد يقال قنص اذا صاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها ومنه نهى عن ضربة القانص وفي تهذيب الازهري عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلي هو ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا او المعنى فيهما وا حد وهو انه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيئا **قوله** وبيع المزابنة الرفع والجرفيه وفيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع الثمر بالشاء المثلثة على النخيل بثمر بالشاء المثابة مجذوذ مثل كيل ما على النخيل من الثمر حرزا وطنا لاحقيقا لانه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الراس ثمر ابل ثمر امجد وذا كالذي يقابله من المجدوذ لا يجوز لان النبي صلى الله عليه واله وسلم نهى عن المزابنة والمحاقل والمحاقل بيع الحنطة في سنبليها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربوا الملحقة بالحقيقة في التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض وباع

وباع احدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا * وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وله في مقدار خمسة اوسق قولان استدلل بان النبي عليه السلام نهى عن بيع المزبنة ورخص في العرايا وفسرها بان يباع الثمر الذي على رأس النخيل بخرصها تمر افيما دون خمسة اوسق وانت الضمير في قوله بخرصها على انه جمع الثمرة وقلنا بالقول بالموجب وهو ان نقول سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم رخص في العرايا فان الاحاديث الدالة على ذلك كثيرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتأويلها ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمر امجد وذا بالخرص ليدفع ضرورة عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعدة وبه نقول لان الموهوب لم يصير ملكا للموهوب له مادام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من الثمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة وسمي يباع مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين * الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت رض ان رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه يدل على ان المراد بالعرايا بيع تمر بتمر * والثاني انه جاء في حديث جابر رض بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الاول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير بنا في قوله عليه السلام المشهور الثمر بالتمر مثلا بمثل والمشهور قاض عليه **قوله** ولا يجوز البيع بالقاء الحجر سام البائع السلعة اي عرضها وذكرونها وسامها المشتري بمعنى استامها * بيع الملامسة وهو ان يتسام الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

فيكون ذلك ابتياعا لمارضي مالكها بذلك أو لم يرض * وبيع المناذرة وهوان يتراوض الرجلان على السلعة فيحبب مالكها الزام المساوم له عليها أياها فينبذها إليه فيلزمه بذلك ولا يكون له رد ها عليه * وبيع القاء الحجر هوان يتساوم الرجلان على السلعة فاذ اوضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذه كانت يبوعا في الجاهلية فنهي عنها رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وعبرة الكتاب تشير إلى أن المنهي عنه بيع الملامسة والمناذرة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لأنه في معناهما ولأن فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا يحتمله لادائه إلى معنى القمار لأنه بمنزلة أن يقول البائع للمشتري أي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته وأي ثوب لمسته بيدك فقد بعته وأي ثوب نبذته إلي فقد اشتريته ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع إلا أن يقول على أنك بالخيار أن تأخذ إيهما شئت فإنه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه **قوله** ولا يجوز بيع المراعي لا يجوز بيع المراعي ولا أجارته والمراد به الكلاء وهو ماليس له ساق من الحشيش كذا روي عن محمد بن ح * وقيل ماله ساق ماليس له ساق فهو كلاء وإنما سمر المراعي بذلك لأن لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الأرض وعلى الكلاء وعلى مصدر رعى فلولم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الأرض وأجارته لا يجوز وهو غير صحيح لأن بيع الأراضي وأجارته صحيح سواء كان فيه الكلاء أو لم يكن أما عدم جواز بيع الكلاء الغير المحرر فلا لأنه غير مملوك لا يشارك الناس فيه بالحديث وهو قوله عليه السلام الناس شركاء في الثلث الماء والكلاء والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها أن لهم الانتفاع بها بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقي الدواب والاستسقاء من الآبار والحياض والانهار للمملوكة من الأراضي المملوكة والاحتشاش من الأراضي المملوكة ولكن له أن يمنع من الدخول في أرضه فإن منع كان لغيرة أن يقول له أن لي في أرضك حقا فاما أن توصلي إلي حقي أو تحشته فندفعه إلي أو تدعني حتى آخذ كتب لرجل وقع في دار إنسان * هذا إذا نبت بنفسه ظاهر وأما إذا أنبته صاحب الأرض بالسقي ففيه اختلاف الرواية ذكر في المحيط والذخيرة

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد ان يأخذ به بغير اذنه فجاز بيعه * وذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلاء ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيارة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيارة للكلاء فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه * واما عدم جواز الاجارة فلمعنيين احدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوك * والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقره ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح اولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الآجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لا قامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ في استيجار الصباغ واللين في استيجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظائرة ولم يذكر ان اجارة الكلاء وقعت فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عقده فيها **قوله** ولا يجوز بيع النحل قال ابو حنيفة وابو يوسف رح لا يجوز بيع النحل وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير ما كول لا ينافيه كالبعل والحمار ولهما انه من الهوام والهوام وهي المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها وقال في الجامع الصغير اريت ان من وجد بها عيا بكم يرد ها وفيه اشارة الى ان النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها وقوله والانتفاع بما يخرج منه جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال * قيل قوله لا بعينه اجترار عن المهر والجمش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال باعيانهما * وفيه بعد لخروج جهما بقوله بما يخرج منه * واذا كان الانتفاع بما يخرج قبل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان معه ما يخرج منه بان باع كواراة بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل اذا سوي من طين فيها غسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الصرخي رح في مختصره

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر وأما إذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبعية وأن لم يجزأ فراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكى عن أبي حسن الكرخي أنه كان ينكر هذه الطريقة ويقول أنما يدخل في البيع على طريق التبعية ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل إلا أنه ذكر في جامع هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف **رح** **قوله** ولا يجوز بيع دود القز بيع دود القز ويضيه وهو البزور الذي منه يكون الدود ولا يجوز عند أبي حنيفة **رح** لأنه من الهوام ويضيه مما لا ينتفع به بعينه بل بما سيحدث منه وهو معدوم في الحال وجاز عند محمد **رح** لكونه منتعابه ولمكان الضرورة في بيضه قبل وعليه الفتوى وأجاز أبو يوسف **رح** بيع دود القز إذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة ونقل عنه أنه مع أبي حنيفة **رح** كما في دودة وهذه العبارة تشير إلى أن أبا حنيفة **رح** إنما لم يجوز بيعه بانفراده أما إذا كان تابعا فيجوز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء وإنما ذكره هنا اتباعا لما ذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لأنه وضعه ثمه كذلك **قوله** ولا يجوز بيع الآبق بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد **رح** في الأصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم أنه نهى عن بيع الغرور وعن بيع العبد الآبق ولأنه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون آبقا في حق أحد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم أنه عنده لأن المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا غير آبق في حق المشتري فينتفى العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد أولا إن كان قبضه لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء بالاتفاق وإن قبضه للرد فاما أن يشهد على ذلك أولا فإن كان الأول لا يصير قابضا لأنه أمانة عند حنفي لو هلك قبل الوصول إلى المولى هلك من مال المولى وقبض الأمانة لا ينوب عن

عن قبض البيع لان قبض الضمان اقوى لتاكده باللزوم والملك اما اللزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أُجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة *
 واما الملك فان الضمان يثبت للملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة * وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وذكر الامام الترمذي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف رح وقول المصنف رح يجب ان يصير قابضا كنه اشارة الى انه يلزم ابا يوسف رح القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لكونه آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذ البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الآبق ثم عاد من الآباق هل يتم ذلك العقد ويحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه اخذ مشائخ بلخ ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم اخذه وسلمه في المجلس وعرض بان الاعتاق بجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو لا يتم التوى بالآباق بخلاف البيع فانه اثباته والتوى ينفيه * وروي عن ابي حنيفة رح ان العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالآباق ولهذا جاز اعتاقه وتدييره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقضي وانتفى المانع فيجوز فصار كما اذا باع بعد البيع وهكذا يروي عن محمد رح وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشائخنا رحمهم الله *
 واما اذا رفعه المشتري الى القاضي فطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد **قوله** ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

يجوز قتال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي رحمه الله مشروب طاهر وبيع مثله جائز
 كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر احترازاً من الخمر فانها ليست بطاهر ولنا انه جزء الآدمي
 لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعوضة وجزء الآدمي ليس بمال لان الناس
 لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الآدمي لكان مضموناً
 بالاتلاف كبقية اجزاء الآدمي واجيب باننا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف
 بل المضمون ما انتقص من الاصل الا يرى ان الجرح اذا اتصل به البرء سقط الضمان
 وكذا السن اذا ثبتت **قوله** وهواي الآدمي بجميع اجزائه مكرم يجوز ان يكون دليلاً
 آخر وتقريره ان الآدمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتدال وما يرد عليه البيع
 ليس بمكرم ولا مصون عن الابتدال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة
 وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز
 على جزئها اعتبار الجزء بالكل * والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز * وببانه
 ان الرق حل لنفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلارق فيه لان الرق يختص
 بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهواي المحل هو الحي ومعناه انها ممتنان
 يتعاقبان على موضوع واحد فهما ضدان واذا لاحية في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق
 لانتفاء الموضوع * والجواب عن قوله مشروب طاهر ان المراد به كونه مشروباً مطلقاً
 او في حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغني عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه
 غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يترتبون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل
 ذلك على كونه مالاً كاملاً تـكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه **قوله**
 ولا يجوز بيع شعر الخنزير بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز
 بيعه وعليه الاجماع ولان نجس العين لا يجوز بيعه اهـ والله ويجوز الانتفاع به للخزير للضرورة
 لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه اجاب

اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع
 جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع * وقال ابو الليث رح ان كانت الاساكفة لا يجدون
 شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء افسده عند ابي يوسف رح
 لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع في الماء غير
 حالة الاستعمال وقال محمد رح لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل على طهارته ووقوع
 الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف رح اختار قول ابي يوسف رح حيث اخبره * قيل هذا
 اذا كان منتونا واما المجزوز فطاهر كذا في التمر تاشي وقاضي خان **قوله** ولا يجوز بيع
 شعور الانسان بيع شعور الآدميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد رح انه يجوز الانتفاع بها
 استدلالا بما روي ان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم حين حلق رأسه قسم شعرة بين
 اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل ان النجس لا يتبرك به * وجه الظاهر ان الآدمي
 مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا في البيع والانتفاع
 ذلك ويؤيد ذلك قوله عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من يوصل الشعر
 والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المصنف رح بيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم
 وجعل بيع شعر الآدمي اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا لامرين
 متنافيين اجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه
 ومبادلته بما لم يحقره اعزازه فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه
 وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع
 فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل شرعا * ثم ان عدم جواز هبها ليس
 للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا يتنجس بالمزايلة فشعره وهو طاهر اولي
 ولان في سائر شعور ضرورة وهي تنافي النجاسة * وقال الشافعي رح نجس لحرمته الانتفاع به
 وهو محجوج بالضرورة * ولا باس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليندي في قرون النساء

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

اي في اصول شعرهن بالكثير وفي ذوائبهن بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ
لانه غير منتفع بها لنجاستها قال عليه السلام لا تتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ
كداروي من الخليل وقد مر في كتاب الصلوة فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الدسومات
ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فمالم يزايل بالدباغ فهي كعين
الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله لا تتفعوا نهى وهو يقتضى المشروعية فمن
اين الاجواز فالجواب انه نهى عن الافعال الحسية وهو يفيد طالع التقرير تطالع عليه
ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به لان تاثيره في ازالة الرطوبة
كالذكاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا باس ببيع عظام الميتة ودصبها وصوفها وقرنها
وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوية وقد تقدم
في كتاب الصلوة والفيل كالحزير نجس العين عند محمد ربح اعتبارا به في حرمة اللحم
وغيرها قال لا تقع عليه الذكاة واذ ادبغ جلده لم يطهر وعند هذا بمنزلة السباع حتى يباع عظمه
لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب
وسائر السباع قالوا ببيع عظمه انما يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس
فلا يجوز بيعه **قوله** واذا كان السفلى لرجل وعلوه لاخر فستطا وسقط العلو وحده فباع
صاحب العلو عليه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل
للبيع فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا
لم يكن له شرب فينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا
للارض باتفاق الروايات ومفرد في رواية وهو اختيار مشائخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء
لوجوب الضمان بالاتلاف فان من سقى ارض نفسه بماء غيره ضمن ولان له حظا من الثمن
ذكر في كتاب لشرب قال في شاهدين شهدا احدهما بشراء ارض بشربها بالف وآخر
بشرائها بالف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل

يقابل الشرب * وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعاً لزوالها باعتبار التبعية **قوله** وبيع الطريق وهبته جائز بيع رقة الطريق وهبته جائز لكونه معلوماً بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو مشاهد محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقة المسيل من حيث هو مسيل وهبته ان لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء * والقيد الاول لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر فانه ارض مملوكة جاز بيعها ذكره شمس الاثنية السرخسي رح * والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه فانه جائز ايضا ذكره قاضي خان وهذا احد محتملي المسئلة * وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقة الارض جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطاً من الثمن حيث قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لاحق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطاً من الثمن وهو يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز * وصححه الفقيه ابوالميث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا هو محتملها الآخر * واذ اعرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفاً وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز واما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما ان حق المرور معلوم لتعلته بمحل معلوم اما بالبيان او التقدير كما مر وهو الطريق واما المسهل فاما ان يكون على السطح او على الارض والاول حق التعلبي وهو ليس بمال ولا متعلق به مع كونه

(كتاب البيوع — *باب البيع الفاسد*)

مجهول الاختلاف التسييل بقله الماء وكثرته * والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل
الاول وهذه الرواية اعني رواية ابن سماء في جواز بيع حق المرور يلجئ الى الفرق
بينه وبين التعلّي والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعلّي يتعلق بعين لا بتقضى وهو
البناء فاشبهه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق بعين تقضى وهو الارض
فاشبهه الاعيان والبيع يرد عليها * وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال
او حق يتعلق بها وفيه نظر لان السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تقضى وهو مال
ولا يجوز بيعه **قوله** ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان الذكر والانثى قد يكونان
جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحداً للثلاث فالغلام والجارية جنسان
لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالنجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة
داخل البيت والاستقراش والاستيلاد الذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية والكباش
والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلبي من الحيوان الاكل والركوب والحمل
والذكر والانثى في ذلك سواء فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الاغراض
دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحادهما لصلتهما العظمى في تفاوت والوداري
بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنجي ثوب منسوب الى
زندنة قرية بمخاراجنسان مختلفان على ما قال المشائخ رحمهم الله في شروح الجامع الصغير *
واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع ذكر بتسميته فان كان ذلك مما يكون
الذكر والانثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه فاذا
قال بعيتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لغوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف
من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفا بصفة والاشارة لتعريف الذات
يعني مجردا عن بيان الصفة والابلاغ في التعريف اقوى * وان كان مما يكونان جنسا
واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد بوجوده لان العبرة اذا كان للاشارة لا التسمية لان

لان ما سمي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضياً بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل محمد ر ح فاذا باع كبشاً فاذا هو نعمة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فاذا خرج عن كونه معرفاً جعل للثر غيب حذراً عن الالغاء فصار كمن اشترى عبد اعلی انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المصنف ر ح الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه انقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعنابي كذلك * وقال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد رحمهم الله ان الموجد ان كان انتقص من المشروط الفات كان له الخيار وان كان زائداً فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصرة ولكل منهما وجه * وقيل اما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجاً الى خباز فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضاء * واما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خير وان وجد احد عشر فهو له بلا خيار **قوله** ومن اشترى جارية بالف درهم من اشترى شيئاً بالف درهم حاله او سيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسائة قبل نقداً الثمن فالبيع الثاني فاسد خلا فاللشافعي ر ح هو يقول الملك قد تم فيه القبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن الاول او بالعرض وقيمه اقل من الالف * وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من اوجه * اما ان يكون من المشتري بلا واسطة او بواسطة شخص آخر * والثاني جائز بالاتفاق مطلقاً اعني سواء اشترى بالثمن الاول او بانقص او باكثر او بالعرض * والاو اما ان يكون بالاقل او بغيره والثاني باقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي ر ح جوزة قياساً على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضا بالاتفاق * ونحن لم نجوزة بالاثرو المعقول * اما الاول فما قال محمد ر ح حدثنا ابو حنيفة ر ح برفعه الى عائشة رضي الله عنها ان امرأة سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمان مائة درهم الى العطاء ثم بعته

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بئسما شريت وبئسما اشتريت
 ابلفي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطال حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم
 ان لم يتب فاتاها زيد بن ارقم معذرا فقلت قوله تعالى فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى
 فَلَهُ مَا سَلَفَ * ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد
 مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم واجزئية الافعال لا تعلم بالرأي فكان
 مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك
 فكان فاسدا * وان زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان في المجتهديات كان
 بعضهم يخالف بعضها وما كان احدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز ان يقال الحاق
 الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو اجل مجهول والجواب ان ثبت من مذهبها جواز البيع
 الى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون لذلك ولانها كرهت العقد الثاني حيث
 قالت بئسما شريت مع عرائه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لانهما نظر قابه الى الثاني
 فان قيل القبض غير المذكور في الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه
 اجيب بان تلاوتها آية الربوا دليل على انه للربوا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم
 الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد
 ليس للبيع ثمه بل لنفس التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لا حقا * واما الثاني
 فهو ما قال الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة
 بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربوا فلا يجوز * بخلاف ما اذا باعه من غيره
 لان الربح لا يحصل للبائع * وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشترأ خرلانه لم يعد اليه
 المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان * وبخلاف ما اذا اشترى
 بالثمن الاول لعدم الربوا * وبخلاف ما اذا اشترى باكثر فان الربح هناك يحصل
 للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر

يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع باقل من الثمن الاول لان التقصان جعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري * وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر رح لان ربوا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربوا **قوله** ومن اشترى جارية بخمس مائة هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي اشترىها من البائع * ويانده ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشترى بالآخرى باقل مما باع وقد تقدم فسادة ونقص بما اذا باعها بالف وخمس مائة فان البيع فاسد ذكرها العلامة في الاتقان وشمس الائمة وفخر الاسلام في جامعها ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب بما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة نصيب كل واحد منهما اكثر من خمس مائة فلا يجري فيه الاصل المذكور * واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز * ويانده انما جعلنا بازاء ما باعها الفاجاز وان جعلنا الفاجبة جاز وهلم جرا وليس البعض بالحمل عليه اولى من البعض فامتنع الجواز * وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة على انه معارض بان تجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة او اقل او اكثر فتعدد جهة الجواز وليس البعض اولى وبان كل جهة تصلح ان تكون علة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيح بكثرة الدلة وهو لا يجوز على ما عرف * والاولى ان يقال جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه والترجيح ههنا للمفسد ترجيح المحرم * ولا يسري الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها لا مور * اما لانه مجتهد فيه لخلاف الشافعي رح المتقدم وفيه نظر اما ولا فلان كونه مجتهد فيه ان كان لخلاف الشافعي رح فلا يكاد يضح لان خلاف الشافعي رح كان بعد وضع المسئلة

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

كف كيف توضع المسئلة بناءً على شيء لم يقع بعد * ولان ابا حنيفة رح ابطال اسلام القوهي في القوهية والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو سلم قوهيا في قوهي جاز عند الشافعي رح ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهي في المروي وامالان الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربوا فلما اعتبرناها في النبي ضمت اليها كان ذلك اعتباراً للشبهة الشبهة وهي غير معتبرة * وبيان ان في المشتراة شبهة الربوا ان في المسئلة الاولى انما لم يصح شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربوا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيباً فيردّها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الا من عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشترياً الفاً بخمسائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربوا وامالان الفساد طارئاً لوجهين * احدهما انه قابل الثمن بالتجارتين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان يكون فيه باء ما باعه اقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض باء ما باع والبعض باء ما لم يبيع فنفس البيع فيما باع ولا شك في كونه طارئاً فلا يتعدى الى الاخرى * ولا يشك بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخرة البيع جائز في العبد * لان شمس الائمة قال البيع في المدبر غير فاسد ولهذا الواجاز القاضي يبيعه جاز ولكنه غير نافذ في حق المدبر وذلك لمعنى فيه لاني العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر * والثاني المقاصدة فانه لما باعها باء ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا خمسمائة بخمسمائة مثلها بقي للبائع خمسمائة اخرى مع التجارية والمقاصدة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها وذلك لاشك في طروئه فلا يسري الى غيرها قوله ومن اشترى زيتاً على ان يزنه بظرفه اشترى زيتاً على ان يزنه بظرفه وي طرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً فهو فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد

وعسى ان يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه وان اشترى على ان يزنه وي طرح عنه بوزن الطرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه **قوله** ومن اشترى سنا في زق ومن اشترى سمنافى زق وردا الطرف فوزن فجاء عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين الرق المقبوض او في مقدار الثمن * فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض صميئا كان كالمغاصب او امينا كالمودع * وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه * فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف * اجيب بانه يوجبه اذا كان قصد او هذا ضمنى لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق * والفقه فيه ان الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة ان كلوا حد منهما مدع عقدا آخر واما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يرجبه **قوله** واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف وقالا الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية * ولان ما ثبت للوكيل ينقل الى الموكل فصار كانه باشرة بنفسه ولو باشرة بنفسه لم يجز فكذلك التوكيل به * وقال ابو حنيفة رح المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل واهلية الموكل * فالأولى اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في المأمور به والنصراني ذلك * والثانية اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الا يرى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم اذ اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر او خنزير لا يقال الوراثة امر جبري والتوكيل اختياري فأنى يتشابهان لان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل بعد تحقق العلة اعني مباشرة الوكيل جبري كذلك يثبت بدون اختباره كما في الموت *

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

الا يرى ان المأذون له النصراني اذا اشترى خمر ايثبت الملك فيها لمولاه المسلم
 بالاتفاق واذا ثبت الإهليتان لم يمنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لاسالب ثم الموكل
 به ان كان خمر اخللها وان كان خنزير اسيبه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة اشد كراهة *
 وقولهما الموكل لا يلية فلا يولي به غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل آخر
 بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه * وبالقاضي اذا
 امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلفه ذمي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه * وبالذمي اذا
 اوصى الى مسلم وقد تركهما فان الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي
 ذلك بنفسه * والقياس على تزويج المجوسي مدفوع بان حقوق العقد في النكاح
 ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير **قوله** ومن باع عبد اعلى ان يعتقه المشتري شرع
 في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلاً جامعاً لفروع اصحابنا *
 وتقديره ان الشرط ينقسم اولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد
 كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن او المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف
 ذلك * وهذا ينقسم الى ما كان متعارفاً والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه
 منفعة لاحد المتعاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه
 وهو من ادل الاستحقاق والى ما هو بخلافه * ففي القسم الاول جاز البيع والشرط يزيد
 وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم من بيع وشرط وهو باطلانه
 يقتضي عدم جوازه لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث افاد ما افاده العقد المطلق *
 وفي الاول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفاً كبيع النعل مع شرط التشريك كذلك
 لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث والعرف
 ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة
 والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على

على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطاً والعرف قاض عليه * وفيما اذا لم يكن متعارفاً وفيه
منفعة لاحد العاقلين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسداً الوجهين
لان فيه زيادة عارية عن العوض لانها لما قصدت المقابلة بين المبيع والتمن خلا الشرط
عن العوض وهوربوا لا يقال لا يطلق الزيادة الاعلى المجانس للمزيد عليه والمشروط
منفعة فكيف يكون ربوا لانه مال جاز اخذ العوض عليه ولم يعوض عنه شيء في العقد
فكان ربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف
في بيان اسباب الشرائع * وفيما اذا كان فيه منفعة للمعتود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري
العبد المبيع فان العبد يعجبه ان لا تتداوله الايدي وتماام العقد بالمعتود عليه حتى لو زعم
انه حر كان البيع باطلاً فاشترط منفعته كاشترط منفعة احد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين
وفيما اذا لم تكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة
المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة فكان الشرط
لغواً وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن ابي يوسف رح انه يبطل البيع به نص عليه في
آخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه
والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقلين والجواب ان العبرة
بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر * واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد
بشرط ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها المشتري فاسد لانها
شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعتود عليه لان تضيته الاطلاق في التصرف والتخيير
لا الالتزام حتماً والشروط تقتضي الالتزام حتماً والمنازعة بينهما ظاهرة وليس احدهما
من العقد والشرط اولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما وقتلنا انه فاسد والفاسد ما يكون
مشروعاً باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعاً وبالنظر
الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسداً * ولا خلاف في هذه الجملة بيننا

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

وبين الشافعي رح الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوز به ويقسره على بيع العبد نسمة
 وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف رح بان يباع ممن يعلم انه يعتقه
 لان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي رح ماذكرة المصنف رح صحيح قوله يقسره لانهما
 غير ان فيصح قياس احدهما على الآخر ان ظهر جامع * وان كان تفسيره عنده ماذكر
 في المبسوط فلا بد ان يفسر قول المصنف رح يقسره بإلحاقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس
 الشيء على نفسه * وبيان الحاقه بالدلالة ان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت
 بحديث بريرة اذا جاءت الى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبه قالت
 ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك فرضيت بذلك فاشتريتها واعتقتها وانما اشتريتها
 بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وغيرها في معناها
 في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي رح
 قياس جلي لما عرف في الاصول والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث
 نهي النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع وشرط رواه ابو حنيفة رح
 عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم والمعقول
 ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفاً لمقتضى العقد * والجواب
 عن حديث بريرة ان تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد
 وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقاً ووعدت لها ان تعتقها لترضى بذلك
 فان بيع المكاتبه لا يجوز بدون رضاها * النسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس
 وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضاً للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها
 في باب العتق خصوصاً في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانه اسم
 لما هو معرض العتق فعولت معاملته الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب
 فان وفي بالشرط واعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند ابي حنيفة رح وقالوا

وقال لا يبقى فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا
 كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاء والكتابة
 وقد وفى المشتري بما شرط ولم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبار الحقيقة الحرية بحق الحرية
 ولا يبي حنيفة رح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه من تقييد
 التصرف به المغائر للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للمالك والمنهي للشيء
 مقرر له الا يرى ان العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب فبالنظر الى الجهتين توقفت
 الحال بين بقاءه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جائزا بوجود الشرط فاذا وجد نقد
 تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز عملا بالدليلين * وتامل حق التامل تخلص من ورطة
 شبهة لا تكاد تنحل وهي ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا اولاً * ثان كان الاول
 فتحققه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع * وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا
 وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملائمة جائز من حيث الحكم فقلنا
 بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس
 لاننا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا او وجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا اتلفه
 بوجه آخر فانه لا ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد وبخلاف التدبير
 والاستيلاء والكتابة فان الملك لا ينتهي بهما يقيين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر
 وام الولد والمكاتب مخير في الاجازة والانهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال
 من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعناق والموت **قوله** وكذلك اذا باع عبدا
 على ان يستخدمه البائع شهرا البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقه وفيه
 منفعة لاحد العاقلين ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على
 ان يقرضه المشتري احتراز عما اذا قال بعتك هذه الدار على ان يقرضني فلان الاجنبي
 الف درهم فقبله المشتري صح البيع لانها لم يلزم الاجنبي ولا ضمان على المشتري لانها

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

ليست في ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل على اني ضامن بخلاف
 اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع
 وسلف وايضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفتين في صفقة كما ذكره في المتن
قوله ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين
 باطل لا فضائه الى تحصيل الحاصل فانه شرع ترفيها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع
 او الثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا من السلم فان ترك
 الاجل فيه مفسد للحاجة الى التحصيل **قوله** ومن اشترى جارية الاحملها ذكر في هذا الموضع
 العقد المستثنى منه وهو ثلثة اقسام * الاول ما فسد فيه العقد والاستثناء * والثاني ما صح
 فيه العقد وبطل الاستثناء * والثالث ما صح فيه كلاهما * اما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة
 والرهن فاذا باع جارية الاحملها او آجر دارة على جارية الاحملها او رهن جاريته
 الاحملها او كاتب عبده على جارية الاحملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة
 لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا
 ما في معناه * والاستثناء يصير شرطا فاسدا فيها فيفسد ها وذلك لما ذكره من الاصل فيه
 ان ما لا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناءه من العقد والحمل من هذا القليل وقد تقدم
 في اول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لا اتصاله به ينتقل بانتقاله ويتقرر
 بقراره وبيع الاصل يتناوله فلا استثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على ان المستثنى
 متصود ودلالته العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا **قوله** غير ان المفسد في الكتابة
 استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون
 مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير او على قيمته
 حيث دخل في البدل * واما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج
 من الكوفة فله ان يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا

ولا يصح الا ببدل معلوم ويحتمل التفسخ ابتداء ويشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل التفسخ بعد تمام المتصور فالحقنه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد والنكاح فيمالم يتمكن فيه * واما الثاني فكا الهبة والصدقه والنكاح والخلع والصلح عن دم العبد فانها لا تبطل بالشرط الفاسد لان الفساد باعتبار افضائه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكننا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه عليه السلام اجاز العمرى وبطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء واما الثالث فكالوصية اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث اما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد واما صحة الاستثناء فلما ذكر ان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيه لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تاويل المذكور واعتراض على قوله الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد بانه يلزم من ذلك ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناءه والخدمة في الوصية مما يصح افراده بالعقد فانه لو قال اوصيت بخدمة هذه الجارية فلان صح العقد فوجب ان يصح استثناءها واجيب بان هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلان سلم ان الوصية عقد الا يرى انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصى ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذ ا مات الموصى له قبل القبول فلا يتناولها لفظ العقد مطلقا ولقائل ان يقول اعتبرتم الوصية عقد او عكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراد العقد فما الفرق بينهما والجواب انا ما منعنا العكس وجوبا

(كتاب البوع — * باب البيع الفاسد *)

وانما منعنا لزومه والفرق بينهما ان تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لو ارث الموصي فما صلح ان يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه **قوله** ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده قال ههنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة لكن يلزم فيهما صفقة في صفقة فكأنهما سواء يشير اليه قوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية **قوله** ومن اشترى نعلا حذا النعل بالمثل قطعا بد فهو تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه اذ الصرم هو الذي يقطع بالمثل وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما وشرطان بخدوة او نعلا على ان يشركه البائع فالبيع فاسد في التماس ووجهه ما بينا انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجبا عا فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استيجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وحده ولكن جوز للتعامل جواز الاستصناع والبيع الى التبروز معرب نوروز اول يوم من الربيع والمهر جان معرب مهر كان يوم في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تاجيل الثمن الى هذه الايام فاسدا اذ لم يعرف المتبائع مقدار ذلك الزمان لجهالة الاجل المنضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة اي المجادلة في النقصان والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فيكون الجهالة فيه منضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع وانكنا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة **قوله** ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع والدياس ان يوطأ المحصول بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطئ

وطئ الشيء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والغتج لغة فيه والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع إلى وقت قدوم الحاج وإلى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المفضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات وتأخيرها والكفالة إلى هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا يرى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففني وصفه اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها فان عائشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع إلى العطاء وان احتمل التقدم والتأخر لكونها يسيرة وابن عباس رض منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا قد يشير إلى ان الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم والتأخر والفاضة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة في اصل الثمن لم يكن محتملا لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحصيل اصل الثمن عدم تحصيل وصفه لان الاصل اقوى اذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه واجيب بان المانع من تحصيل اصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه واذ باع مطلقا ثم اجل الثمن إلى هذه الاوقات صح لكونه تاجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة لعدم ابتائنه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ولم يباع إلى هذه الآجال اعنى النيروز والمهرجان إلى اخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراصيا بسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لفريرج هو يقول العقد فاسد فلا يتقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم واما على قول زفرج فالنكاح إلى اجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهذا استدلال من جانب زفرج بهالم يقل به وهو ليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير وقلنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما تتحقق عند حلول الاجل فاذا اسقط ارتفع الفساد قبل تقرر تقرر فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقرر في ابتداء العقد

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

فلا يفيد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم استقطا الدرهم الزائد اجاب بان هذه
الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرت لان الفساد
فيه في صلب العقد واعترض بانه اذا انكح بغير شهود ثم اشهدا بعد النكاح فانه لا يتقلب جائزا
وليس الفساد في صلب العقد واذا باع الى ان يهب الريح ثم استقطا الاجل لا يتقلب جائزا
واجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا يرى
ان من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلوة جائرة وعن الثاني بان هبوب الريح
ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه وقوله بخلاف النكاح
جواب عن قياس زفرح على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان العقد الناسد قد يتقلب جائزا
قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقد لا يتقلب الى عقد آخر والنكاح الى اجل متعة وهي عقد
غير عقد النكاح فلا يتقلب نكاحا وقوله في الكتاب اي القدوري ثم تراصيا خرج وفاقا
لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه **قوله** ومن جمع بين حرو عيدا او شاة ذكية
وميتة اذا جمع في البيع بين حرو عيدا او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا سواء فصل
الثلث او لم يفصل عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح ان سمي لكل واحد ثلثا
مثل ان يقول اشتريتهما بالفي كل واحد منهما بخمس مائة جاز العقد في العبد والذكية وان جمع
بين عبد ومدبر او بين عبدة وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثلث عندهم خلافا
لزفرح فيهما اي في العبد والمدبر او في الجميع جميعا ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب
وام الولد كالمدبر فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصا ركالمدبر فيجب جواز بيعه
مع الذكي كبيع الثمن مع المدبر اجيب بانه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل
الظاهر وهو قوله تعالى وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ يَذْكُرْ أَسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ حَتَّىٰ إِنْ الْقَاضِي إِذَا قَضَىٰ بِحِلِّهِ
لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين حرو عيدا في البيع * لزفرح الاعتبار بالفصل الاول
يعني الجمع بين الجرو والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجميع ولا يبي يوسف ومحمد رح

رح اذا سمي لكل ثمان ان الفساد بقدر الفساد ان الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه
 ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية واخته
 في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولا يبيح في رح
 وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال
 والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الآخر
 واذا كان كذلك فكان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه
 فكان شرطا فاسدا وفيه بحث * اما اول فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة
 وح لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد * واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون
 فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد
 في الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا * واما ثالثا فلان قبول العقد
 في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع
 بقبول العقد في احدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر
 واجيب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يتكرر البيع والشراء وقد تقدم
 في اول البيوع * وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما
 بالف والحر ليس بمال يقابله بدل فكانه قال بعث هذا العبد بخمس مائة علي ان تسلم
 الي خمس مائة اخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربوا * وعن الثالث
 بان الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون ممانحنا فيه * واذا ظهر
 هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر رح عن التسوية بينهما وقوله بخلاف النكاح جواب
 عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله اما البيع في هؤلاء
 متصل بقوله ان الحر لا يدخل تحت العقد واراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وام الولد
 وعبد الغير فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

وقوله ولهذا ينفذ يجوز ان يكون توضيحا لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف علي اجازته وفي المكاتب علي رضاه في اصح الروايتين وفي المدبر علي قضاء القاضي وكذا اذا قضى القاضي بجواز بيع ام الولد نفذ عند البيهقي وبابي يوسف رحمهما الله خلا للمحمد رح بناء علي ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء علي خلاف الاجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك في اصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب انه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع ام الولد والمدبر يدل علي ذلك تمام كلامه هناك * ويجوز ان يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله واذا نفذ ههنا عرفنا المحلية فيهما ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا في العقد فكان الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهو لاء باستحقاقهم انفسهم ردوا المبيع وهذا اي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما اذا اشترى عبد بن وهلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا اي الجمع بين الثمن واحده المذكورين لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصه ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه اي فيما اذا جمع بين الثمن والمدبر

* فصل في احكامه *

واذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه اثرا ثابته يعقبه ذكر احكام البيع الفاسد عقبيه * والبيع عندنا ينقسم علي ما مر الي صحيح وفاسد وباطل وموقوف * وعند الشافعي رح الي صحيح وباطل لا غير * فاذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع يعني باذنه وفي العقد هو ضمان ما لان ملك المبيع ولزمته القيمة ذكر

ذكر القبض لترتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيئاً وان اتصل به القبض * وامر البائع يعني به الاذن في القبض اعم من كونه صريحاً او دلالة والمعنى بدلالة الاذن هو ان يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فانه يفيد مطلقاً * وقيد ان يكون في العقد عوضان ما لان لفائدة سندها وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشائخ رحمهم الله سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لاملوك العين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي رح القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور والمحظور لا تنال به نعمة الملك لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكماً شرعياً ولهذا لا يفيد قبل القبض فصار كما اذا باع الخمر بالدرهم او بالمينة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا ان البيع الفاسد مشروع باصله لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالرضى صدر من اهله اذ الكلام في ان لا خلل في العاقلين مضافاً الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيد لا يقال قد يكون النهي مانعاً عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عند التقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين ان يترك باختياره فيثاب وعين ان يأتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبض مقتضى النهي فجعلناه في وصفه مجاوراً كما في البيع وقت النداء عملاً بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه اتم واعترض بان المحظور في البيع وقت النداء مجاور وما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفاً فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحاً وايضاً الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد واجيب بان غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم * والمجاور جمع والمتصل

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

وصفاً بيان في ذلك * وبان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالما ان التقرير تطلع على ذلك **قوله** وانما لا يثبت قبل القبض كماله لا يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضاً فلان يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة احد المتعاقدين او لكونه اسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بانه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبانه لو افاد بعد القبض كان تقرير الفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والالزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لامع غيره وهو محال وخيار الشرط انما يستوي فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معني لانه يقول علي اني بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لامع غيره لان الشرط اهدر الغير اعني القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لا جتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمينات لا معتبر بها **قوله** ولان السبب دليل آخر علي افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض * ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد قد ضعف لما كان اقترانه بالبيع فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان للقبض شبهة بالاجاب فصارت اركان ايجاب البيع الفاسد اربعة في نفسه فهو كالهيئة في احتياجه الى ما يعضد العقد من القبض وقوله

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

والهبة ليست بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالهبة * وتقريره
ان الهبة ليست بمال وماليس بمال لا يجوز فيه البيع لقوات ركنه ولو كان الخمر مضمنا
وهو ما اذا اشترى الخمر بالدرهم فقد خر جناة يعني في اوائل البيع الفاسد واراد به ما قاله
واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم
من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر مضمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وشي آخر ابي دليل
آخر سوى ما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر
لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسليمها فلو قال لها انعقاد البيع في الصورة المذكورة
لجعلنا القيمة مضمنا لان كل عين يقابله الدراهم او الدنانير في البيع فهو مضمن لتعين الدراهم
والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به
تغير للمشروع فحكمنا ببطلانه وقوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اشارة الى صحة
الاذن بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح
استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة
فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة
ووجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق
ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد
يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد *
وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت
بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض *
بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف
وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن
في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق زكن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا الاشتراط البيع بالمبينة والدم والحروالريح التي تهب والبيع مع نقي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالبة في هذه الاشياء سواء كانت ثمننا او مثمننا لكن ذكر جهة الاثنان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان وقوله اي قول القدروري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتناوثة واما في ذوات الامثال كالمكبلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشا به الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معني فلا يعدل عنه الا اذا تعذر **قوله** واكل واحد من المتعاقدين اي كل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع رفعاً للفساد سواء كان قبل القبض او بعده اما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم ينفذ الحكم فكان النسخ امتنا عامن ان يفيد الحكم واما اذا كان بعده فلا يخلو اما ان يكون الفساد في صلب العقد اي لمعنى في احد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر او بشرط زائد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل واحد منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ايخنيقة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد * وعند ابي يوسف رح بحضرة وغيبته * وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا كان بعده فللذي له الشرط ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري ملى حاله لم يزد ولم ينقص * واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل فليطلب في شرح الطحاوي وقيل المذكور في الكتاب قول محمد رح ووجهه ما ذكر ان العقد قوي فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكن الرضاء لم يتحقق في حق من له الشرط فله ان يفسخه واما على قول ايخنيقة وابي يوسف رحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقاً للشرع فانتهى الزوم من العقد

العقد وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه كذا في الذخيرة
والايضاح والكافي **قوله** فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه
بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئاً يملك التصرف فيه سواء كان تصرفاً لا يحتمل
النقض كالاتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان مأكولاً لم يحل
اكله ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكره الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقاً واجيب
بالمنع فان محمد ارح نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لان البائع
سلطه على ذلك * وذكر شمس الائمة المحلوائي يكره الوطء ولا يحرم فالذكر في شرح
الطحاوي يحمل على عدم الطيب ولئن سلم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليط
فبدل الله اولي * وجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل *
فان كان البيع نافذ اسقط حق استرداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني
بالبائع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم
حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة او تزويجاً
لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق
بذلك حق العبد فكان ذلك تحكماً واجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف يفسخ
بالاعدار وفساد الشراء مذكور في فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد ربح من يفسخها
وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة
والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ
على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين
ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فان نقل
الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري
بحكم الفساد * وهذا بخلاف مالوا وصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لا مكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع **قوله** ولان الاول دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه اذا خلل فيه لاني ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح **قوله** ولانه حصل بتسليط من جهة البائع دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ونقض باسرداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته وذلك باطل والجواب اننا لم التمام فيه فان كلا من المتعافدين يملك الفسخ فاين التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي مقرر وان اتقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته **قوله** بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا من نقض التصرف لم تنقض تصرفات المشتري في الدار المشغوعة من البيع والهبة والبناء وغيره والتعلق حقه بها لکن للشفيع ان ينقضها وتوجيه الجواب ما قال لان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض احدهما للآخر بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده واما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ تتحول الصفة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فتنتقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع

الشفيع ليكون نقضه نقضاً لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن او باثبات الملك المطلق
 للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك **قوله** ومن اشترى عبداً بخمر او خنزير فقضه
 بأذن البائع واعتقه او باعه بيعاً صحيحاً واعاد لفظ البيع كراهته ان يغير لفظ محمد رح
 لو تركه او وهبه وسلمه فهو ابي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة اما جواز
 فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض والملك مطلق للتصرف فينقذ واما وجوب القيمة فلما
 تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قدهلك فصار كمغصوب قدهلك
 وفيه القيمة وبالهبة والتسليم والبيع قد انقطع حق الاسترداد على ما مر آنفاً من قوله
 لتعلق حق العبد بالثاني * والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان فان الرهن اذا
 اتصل بالقبض صار لازماً في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا ان حق الاسترداد
 يعود بمعجز المكاتب وفك الرهن لروال المانع وهو تعلق حق العبد * قيل وليس لتخصيصهما
 في عود الاسترداد زيادة فائدة لانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرفات
 حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية
 الاسترداد لعود قديم ملكه اليه * ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا
 لم يقض على المشتري بالقيمة * واما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق
 الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب آلأبق
 نم عاد **قوله** وهذا اي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان
 حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا انها تنسخ بالا بذار ورفع الفساد من اقوى الاعذار
 ولانها تعتقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناً عا ولعل في الجوابين اشارة الى المذهبين فيها
قوله وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ ليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع
 حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح
 بل المراد به ما اخذه البائع في مقابلة المبيع عرضاً كان او نقداً انما كان او قيمة وهذا الحكم

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض فكان له ولاية ان لا يدفع
المبيع الى ان يأخذ الثمن من البائع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن
مضمون بقدر الدين لا غير وهذا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب وان مات البائع
فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حيوته لما تقدم من ان المشتري
حق منع البائع من المبيع الى ان يأخذ ما ادى اليه وكل من يقدم عليه حال حيوته تقدم على
غرمائه وورثته بعد وفاته كالمترتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالمترتهن احق بالرهن
من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها
فيه تعيين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وعلى رواية ابي حفص
لا تعين * والقرض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى اجل في تعيين المقبوض للرد
على الروايتين وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية ابي سليمان
ما ذكره المصنف رح ان الثمن في يد البائع بمنزلة المنصوب في كونها مقبوضين لا على
وجه مشروع وقيل في حكم القبض والاسترداد وادراهم المنصوبة تعين للرد ويجب
رد عينها اذا كانت قائمة وان كانت مستهلكة اخذ مثاها لما بينا انه بمنزلة المنصوب والحكم
فيه كذلك وذكر في الفوائد الظهيرية ان المبيع يباع بحق المشتري فان فصل شيء
يصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين **قوله** ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري
فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح وقال لا يقض البناء ويرد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس
فيها وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف رح هذا هو قوله الاول وقوله الآخر مع ابي حنيفة رح
لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع لانه محتاج فيه الى القضاء والرضى وبطل
بالتأخير ولا يورث بخلاف حق البائع فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم ان البائع يباع
فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشيء فالا قوى لا يبطل به
وهو بديهي وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك ولا يبي حنيفة رح ان

ان البناء والغرس قد حصل للمشتري بتسليم من جهة البائع وكل ما هو كذلك ينقطع به
 حق الاسترداد كالباع المحاصل من المشتري بخلاف حق الشفع اذ التسليم لم يوجد منه
 ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفع وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة
 بالبيع الثاني بالثمن او بالاول بالقيمة وان كان لاشفعة بالبيع الفاسد لان حق البائع
 قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفع لعدم التسليم منه اقوى من حق البائع لوجوده منه
 وهذا التقريب يبين ان قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في المحجة * قيل وانما ادخله
 فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام * ولعله
 ذكره لان يلحقه بالبيع في كونه منهما مقررالا انه لما قصد به الدوام اشبه البيع فكان منهيا للملك
 فينقطع به حق الاسترداد كالباع واذا ثبت هذا كان للشفع ان يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع
 في الاسترداد بالبناء لصيرورته بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفع بناء المشتري واعتراض عليه
 بانه اذا وجب نقض البناء لحق الشفع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بطريق
 الاول لان فيه اعدام الفاسد وان تؤمل ما ذكر فليس يوارد ان البائع مسلط دون الشفع ولا يلزم
 من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتهى الاولوية وبطلت الملازمة واعتراض ايضا بانه اذا
 نقض البناء لحق الشفع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود مقتضى وهو العقد
 الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا يباعا صحيحا ورد عليه المبيع
 بما هو فاسد واجيب بوجود مانع آخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت الملك
 للشفع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ايفاء حق الشفع
 فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفع فلم يجز ان يثبت المقتضى على وجه يبطل
 به المقتضى وهو التسليم الى الشفع روى وجوب القيمة في هذه المسئلة عن ابي حنيفة راجح
 يعقوب ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي حنيفة راجح لا في مذهبه والدليل على
 ان مذهبه ذلك تنصيص محمد راجح على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند ابي حنيفة راجح

للسفيح الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبني فيها او غرس*
وعندهما لا شفعة للسفيح فيها وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع
في حق الاسترداد بالبناء والغرس وثبوتة مختلف فيه فمن قال بثبوتة قال بانقطاع حق البائع
ومن قال بانتقائه قال بعدم انقطاع حق البائع لان وجود الملزوم بدون لازمه محال*
وعلى هذا فمن حفظ مذهب ابي حنيفة ربح في ثبوت الشفعة لا شك في مذهبه في انقطاع حق البائع
في الاسترداد فلم يبق الشك الا في رواية عنه لمحمد ربح* قال شمس الائمة السرخسي ربح
هذه المسئلة الثالثة التي جرت المحاوره فيها بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال
ابو يوسف ربح ما رويت عن ابي حنيفة ربح انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البناء
وقال محمد ربح بل رويت لي عنه انه يأخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان
في الرواية حيث لم يقل مذهب ابي حنيفة ربح كذا وانما قال ما رويت وفيه قامة*
ولما كان هذا الموضع محنا جال الى تأكيد كرا المصنف ربح قوله شك يعقوب في الرواية
وفي كلامه نوع اخلاق لانه قال رواه يعقوب في الجامع الصغير والراوي في الجامع الصغير
محمد ربح لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب
عن ابي حنيفة ربح **قوله** ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتفاضا علم ان الاموال
على نوعين* نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير* ونوع يتعين كخلاهما
والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك* وخبث لعدم الملك* فاما الاول فانه
يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين* والثاني يؤثر فيهما جميعا* واذ اظهر هذا فمن اشترى
جارية بيعا فاسدا وتفاضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيئا
وربح فيه طاب له الربح لان الجارية منه تتعين بالثمن فيستعلق العقد بها فيؤثر الخبث
في الربح والدراهم والدنانير لا تتعنان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه
لانه لفساد الملك لا عدمه* ومعنى عدم التعيين فيها انه لو اضرار اليها وقال اشتريت منك

منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له ان يتركها ويدفع الى البائع غيرها لما ان الثمن يجب في ذمة المشتري ولا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها في البياعات * وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لافضل الاصلح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المخصوص ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها او غصب دراهم وادى ضمانها واشترى بها شيئاً فباعه وربح فيصدق بالربح في الفصلين هذا ابي حنيفة ومحمد رحمهما اللذان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف رحم يطيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والغرض وجودة ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن * ويانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان اشار اليها ونقد منها او اشار اليها ونقد من غيرها * فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمنا * وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصديق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا * واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى شبهة لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بماله فيه شائبة ملك وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين تنزل الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بماله فيه شائبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا البازل منها قيل بالحدوث وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن الربوا والريبة هي الشبهة وهو دليل على ان الشبهة معتبرة واما ان شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير واما

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل فيما يكره)

اذا كان شبهة الشبهة ايضا داخل في الرية فقد ثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك ان شبهة الشبهة لو اعتبرت لا عبرت مادونها ايضا فعلا للتحكم لكن لا يصح اعتبارها لئلا ينسد باب التجارة ان قلما يخلو عن شبهة شبهة فمادونها **قوله** وكذلك اذا ادعى رجل قال لآخر لي عليك الف درهم فاقضها فقضاها ثم تصاد فاعلى انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعى وربح طاب له الربح ولا يجب التصديق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين يثبت بالتسمية بدعوى المدعى واداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادرا فملكه لكن لما تصاد فاعلى انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البديل عن الملك لان بدل المستحق مملوك اذا كان عينا يتعين كما اذا اشترى عبدا تجارية واعتقه فاستحققت التجارة فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ عتقه لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان ما لا يتعين اولى لكنه يفسد الملك اذا الاستحقاق تصدا في مقابلته لانيه فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين *

* فصل فيما يكره *

قبل المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك الحق به واخر عنه * ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه ان القبح اذا كان لامر مجاور كان مكروها واذا كان لوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير * ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن النجش بفتحين وهوان يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره ويجري في النكاح وغيره حيث قال عليه السلام لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك ايقاع رجل فيه باز يد من الثمن وهو خداع وخذاع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها * وظهر من هذا ان الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها بانقص من ثمنها فزاده شخص لا يريد الشراء الى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتفاء الخداع * ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلوة والسلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو

وهو نفى في معنى النهي فيفيد المشروعية * وصورته ان يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لاشتراكه على الايحاش والاضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكروها اذا جنح البائع الى البيع بما طلب به الاول من الثمن وكذلك في النكاح * اما اذا لم يجنح فلا باس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم باع قدحا وحلما بيع من يزيد **قوله** وعن تلقي الجلب اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن تلقي الجلب اي المجلوب وصورته المصري اخبر بمجي قافلة بميرة فلتقاها واشترى الجميع وادخله المصري لبيعه على ما اراده * فذلك لا يخلو اما ان يضر باهل البلد او لا والثاني لا يخلو من ان يلبس السعر على الواردين او لا * فان كان الاول بان كان اهل المصري قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضيق المجاور المنك * وان كان الثاني وقد لبس السعر على الواردين فقد غرّ وضرو وهو قبيح فيكره والا فلا باس بذلك **قوله** وبيع الحاضر للبادي اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه الصلوة والسلام لا يبيع حاضر لباد * وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل مصر ويبيعه من اهل البادية بثمن غال * فلا يخلو اما ان يكون اهل المصري سعة لا يتضررون بذلك او في قحط يتضررون بذلك فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك * وعلى هذا تكون اللام في البادي بمعنى من * ونيل في صورته نظرا الى اللام ان يتولى المصري البيع لاهل البادية ليغالي في القيمة **قوله** والبيع عند اذان الجمعة اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منها باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة **قوله** ثم فيه بيان القبح المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعي اذا قعدا او قفيا يتبايعان واما اذا ابتاعا بمشيان فلا اخلال فيصح بلا كراهة * وقد تقدم

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل فيما يكره)

في كتاب الصلوة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال **قوله** كل ذلك
اي المذكور من اول الفصل الى ههنا مكروه لما ذكرنا لافساد لان الفساد اي القبح
في امر خارج زائد اي مجاور ليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة * **قوله**
ولا باس بيع من يزيد وتفسير بيع من يزيد وما روى انس رضي الله عنه قد مر ان تنوع
منه اي هذا الذي يشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين او صغيرا وكبيرا
احدهما ذورحم محرم من الآخر كره له ان يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله عليه الصلوة والسلام
من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة **قوله** ووهب معطوف
على قوله عليه السلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه الصلوة والسلام
وهب النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم اعلى رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين
ثم قال له ما نعل الغلامان فقال بعتهما فقتل ادرك ادرك ويروى ارداد ارد
ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد
جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع احدهما وهو تفريق وام يتعرض للبيع فقلنا بكرة
البيع لانضائه الى التفريق وهو مجاور ينسبك عند لجواز ان يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر
في ذلك استيناس الصغير بالصغير والكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع احدهما قطع الاستيناس
والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد اوعد النبي عليه السلام على ذلك بقوله
من فرق بين والدته وولدها الخ ان كان المراد بترك الرحمة تركها بالتفريق * ويجوز
ان يكون المراد في قطع الاستيناس والمنع من التعاهد ترك الرحمة وذلك متوعد بقوله
عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوثر كبيرنا فليس منا ثم المنع عن التفريق انما هو
باعتبار استيناس وتعاهد يحصل بالتقاربة المحرمة للزناح بان يكون احدهما ذورحم محرم
من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى او الصغير قصد افلايدخل محرم
غير قريب ولا قريب غير محرم ولا مالا محرمية بينهما اصلاح حتى لو كان احدهما ابا

اخراج ضاعيا للآخر او كان امه والآخر ابنا من الرضاع او كان احدهما ولد عم او خال او كان احدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لان النص النافي ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضي جواز التفريق لوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورد و مورد الوالدة وولدها والاخوان * قيل في كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير يستأنس بالصغير وقال ثم المنع معلول بالتقاربة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء التناقض والجواب ما اشرنا اليه في تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استيناس وتعاهد يحصل بالتقاربة المحرمة للنكاح بدون ضرر المولى او الصغير قصد افهوي بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه لبيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس * واذا ظهر هذا تبين انه ليس في القرابة والمحرمية ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح ولا ما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالتقاربة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان احدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة او لزم التزام القول بتخصيص العلة الفاسد عند عامة المشايخ رحمهم الله * والاولى من المواضع ما اذا صار احدهما في ملكه الي حالي لا يمكنه بيعه كما اذا ذبوه واستولده ان كانت امه فانه لا بأس ببيع الآخر وان حصل التفريق * والثاني اذا اجنى احدهما جناية بنفس او مال فان للمولى ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والنداء وله ولاية المنع عن البيع باداء القيمة * والثالث اذا كان المالك حرييا جاز للمسلم شراء احدهما كما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء * والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع احدهما الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق * والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق *

(كتاب البيوع - * باب البيع الخامس * - فصل فيما يكره)

والسادس جاز ائناق احدهما على مال او غيره وهو تفريق * والسابع اذا كان الصغير مرافقا جاز بيعه برضاة ورعي امه ولو لم التفريق * واذا تأملت ما مهد لك آتفا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر * اما الاول فلان بيع احدهما لما امتنع لمعني شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف يحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث * واما الثاني فلانه لو ائزم المولى النداء بدون اختياره تضرر * واما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر من الصغير ولو منع المسلم من شراء تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخلهما دار الحرب فينشأ ان فيها ضرر ذلك ظاهر في الدنيا العرضة الاسر والقتل وفي الآخرة لان ظاهر من ينشأ من صغرة بينهم ان يكون على دينهم * واما الرابع فلان منع بيع احد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر اضرار للمولى * واما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن ابي يوسف رح وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار للمشتري فتعين رده دغلا لاضراره * واما في السادس فلان الائناق هو عين الجمع باكمل الوجوه لان المعتق او المالك تب صار احق بنفسه في دور هو حيث ما دار اخوة ويتعاها مورة على ما اراد ولا اعتبار لخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابتائهما جديعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه * واما في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضى بالتفريق اندفع الضرر فغما عدا الاخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما لاضرر فيه من كل وجه فيلحق به واما السادس فلا تفريق فيه واما السابع فمن قبيل اسقاط الحق * ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والاخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما لان التفريق لا يتحقق فيه * وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا له او كبيرا وهما في مؤنثه اولا وسواء كان زوجته او مكانه * ولا يجوز بيع احدهما من

من احد من هؤلاء اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك **قوله** ولو كان التفريق
بحق مستحق تقدم تقريره في اثناء الاسئلة وجوابها * وروي عن ابي حنيفة رح
انه قال اذا جنى احدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين ان يدفع او يفدي فكان
الفداء اولى **قوله** فان فرق كره له ذلك وجاز العقد واطلاق التفريق يدل على انه
مكروه سواء كان بالبيع او القسمة في الميراث والغنائم او الهبة او غير ذلك * والبيع
جائز عن ابي يوسف رح انه لا يجوز في قرابة الولادة لتوثها وضعف غيرها وعنه انه
لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ادرك ادرك
ولزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد
ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاوروه والوحشة
الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت الفداء وهو مكروه لافاسد كالاستبام * والجواب
عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر ممن باع منه احدهما **قوله**
وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص يشير به
الى ان مراده فيما تقدم الاحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح ان النبي عليه السلام فرق
بين مارية وسيرين وكانتا متين اختين روي ان امير القبط اهدى الى رسول الله
صلى الله عليه وعلى آله وسلم جاريتين اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة
واتخذ احدي الجاريتين سارية فولدت له ابراهيم وهي مارية ووهب الاخرى
لحسن بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسعين المهمة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب
وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتب او مازونا له واما اذا كان كافرا
فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

* باب الاقالة *

الخلاص من خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالنسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما

(كتاب البيوع — * باب الإقالة *)

فأعقب ذكرها إياهما وهي من القيل لأمس القول والهدنة للسلب كما ذهب إليه بعض
بدليل قلت البيع بكسر الباء وهي جائزة لقوله عليه السلام من أقال ناد ما بيعته أقال الله
عشراته يوم القيمة ندب عليه الصلوة والسلام إليها بما يوجب التحريض عليها
من الثواب أخبار الأودعاء وكلاهما لا يكون إلا مشروع ولأن العقد حقهما وكل ما هو
حقهما يملكان رفعه دفعا لحاجتهما * وشرطها أن يكون بالثمن الأول فإن شرط أكثر منه
أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين
ولهذا بطل ما نطق به من الزيادة على الثمن الأول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع
من المشتري قبل أن يسترده منه جاز ولو كان يبعها ما حاز لكونه قبل القبض بيع جدي
في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقابلا وعاد المبيع
إلى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض إذا كان
البيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيعا جديدا * وهذا لأن أنظها ينسب عن الفسخ كما
ذكره ومعناها ينسب عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا أو بيعا
فقط أهمل لأحد الجانبين وأعمالهما ولو بوجه أولى فجعلها من حيث اللفظ فسخا
في حق المتعاقدين لتباعد بهما فتعين أن يكون بيعا في حق غيرهما * فإن تعذر جعلها فسخا
بطلت كما إذا ولدت المبيعة بعد القبض ولد إذا الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا
للشرع وهذا عند الشيخية ربح وعند أبي يوسف ربح بيع إلا أن يتعذر جعلها بيعا كما إذا تقابلا
في المتقول قبل القبض فيجعل فسخا إلا أن يتعذر جعلها فسخا فيبطل كما إذا تقابلا في العروض
المبيعة بالدرهم بعد هلاكها وعند محمد ربح هو فسخ إلا إذا تعذر ذلك كما إذا تقابلا بأكثر من
الثمن الأول فيجعل بيعا إلا إذا تعذر ذلك فيبطل كما في صورة بيع العرض بالدرهم
بعد هلاكه استدلل محمد ربح بالمعنى اللغوي فقال إن اللفظ للنسخ والرفع يعني أن حقيقة
ذلك يقال في الدعاء أفلني عشرتي وإذا أمكن العمل بالحقيقة لا بصار إلى المجاز فيعمل بها

بها وإذا تعذر فيحمل على محتمله وهو البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل أبو يوسف ر ح بمعناه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت احكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت بيعا او محتملة له لا انعقد البيع بلفظ الإقالة وليس كذلك واجيب بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشائخ ر ح * وبالفرق بعد التسليم بانه اذا قال ابتداء فلنك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما عقد اصلا تعذر تصحيحها ببيع الان الإقالة اضيفت الى ما الوجود له فتبطل في مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لانها اضيفت الى ماله وجود اعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما اراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين أحدهما انه يفهم منه ان ابا يوسف ر ح يجعل الإقالة بيعا مجازا وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحققة وهو لا يجوز والثاني ان قوله فلنك العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير يعتك هذا العبد وذلك يقتضي نفى سابقة العقد * واستدل أبو حنيفة ر ح ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان امكن والابطل وههنا لم يمكن ان يجعل محازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمل لكونها ضده واستعارة احد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الإقالة بيع جديد في حق الثالث فلو لم تحتمل للبيع لم تكن ذلك اجاب المصنف ر ح بان ذلك ليس بطريق المجاز اذا ثبت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبائع ببدل ظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره بوجه البسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصد اوزوال الملك من ضروراته والإقالة

(كتاب البيوع — * باب الاقالة)

وضعت لازالة الملك وابطاله ونعوت الملك للبائع من ضروراته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما ثبت في المبيعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه آخر ان المدعى ان كونه الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لان كونها فسخا يقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لا يحنيفة ر ح عما استدل به ابو يوسف ر ح من ثبوت الاحكام ما قبل الشارع يبدل الاحكام ولا يغير الحقائق فانه اخرج ر ح الاستحاضة عن كونه حدا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يغير ويثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي النسخ * اذ ثبت هذا اي ما ذكر من الاصل فنقول اذا شرط الاقالة على الثمن الاول لتعذر النسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه عن الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع مال يمكن ثابته وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربو لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العرض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات مال يمكن بالعقد فيتحقق الربو * ولان في الشرط شبهة الربو وهي معتبرة * وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع مال يمكن ثابته محال والقصان لم يكن ثلثا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء مافات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلث ما اذا اشترى جارية بالف درهم وتقايل بالف درهم صحت الاقالة وان تقايل بالف وخمسائة صحت بالاقل ولغاذكر الباقي وان تقايل بالف المائة فان لم يدخلها عيب صحت بالف ولغاذكر القص ووجب على البائع رد

رد الالف على المشتري * وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط وبصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن ان يكون الخط بمقدار حصة العيب او اكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه اولا * وقال بعض المشائخ رح تأويل المسئلة ذلك * هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما في شرط الزيادة يكون بيع لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد رح وان كانت فسخا لکنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا زاد تعذر العمل بالتحقیقة فيصار الى المجاز صوتا لكلام العقلاء عن الالغاء * ولا فرق في الزيادة والنقصان عند ابي يوسف رح لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد رح الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن وقال كان فسخا فهذا اولي واعترض بان كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن اما ان يكون على مذهبه خاصة او على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لان ابا يوسف رح انما يجعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانقاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقول يعني بالاتفاق لما بينا ان الخط يجعل بازاء مافات بالعيب ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايل بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده * وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الجارية اذا زادت ثم تقايل فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة * وان كانت الزيادة بعد القبض فان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة رح لانه لا يصحها الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع * وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضاء من له الحق في الزيادة

(كتاب البيوع — * باب الاقالة)

ببطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضى فامكن تصحيحها فسخا * والاقالة في المقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع * واماني غيره كالعقار فانه فسخ عند البيحينة ومحمد رحمهما الله واما عند ابيوسف رح فبيع الجواز البيع في العقار قبل القبض عنده **قوله** وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع يستدعي قيام البيع لان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول * ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما اي احد العوضين ابتداء بان تباعا عبدا تجارية فهلك العبد في يد بائع التجارية ثم اقالا البيع في التجارية وجب رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك احدهما بعد وجوده لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما اما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقالة والاخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشكل بالمقايضة فانها لا تبقى اذا هلك احد العوضين قبل القبض او كان احدهما هالكا وقت البيع فانها لا تصح مع ان كل واحد منهما في معنى الآخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فيجوز بعد هلاك احد العوضين * بخلاف المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالمبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض * وانما قيد بهلاك احدهما لان هلاكهما جميعا مبطل للاقالة * بخلاف التصارف فان هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع عن الاقالة مع ان لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن كما في المقايضة لانهما لما لم يتعينا لم يتعلق الاقالة باعيانهما لو كانا قائمين بل رد المقبوض ورد مثله بيان فصار هلاكهما كقيا مهمما وفي المقايضة تعلقت باعيانهما لو كانا قائمين فمتى هلكا لم يبق شيء من المعقود عليه نرد الاقالة عليه * واعلم ان الاقالة تصح بلفظين احدهما

احد هما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول اقلني فيقول الآخر اقلت عند البيحنة
 وايوسف رحمهما الله وقال محمد ر ح لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل ان يقول
 اقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع * ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر
 وتأمل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحققة للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع
 * باب المراجعة والتولية *

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها شرع
 في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المراجعة والتولية وغيرها وقد ذكرناها في اول البيوع
 و وعدنا تنصيصا لهذا موضعه وعرف المراجعة بنقل ما ملئ بالعقد الاول بالثمن الاول
 مع زيادة قدر ربح واعتراض عليه لانه غير مطرد ولا منعكس * اما الاول فلان من اشترى
 دنائير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مراجعة مع صدق التعريف عليه * واما الثاني
 فلان المغصوب الا بقا اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه للغاصب مراجعة
 والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه * وبانه يشتمل على ابهام يجب عنه خلو
 التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول او مثله لاسيما
 الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مراد في البيع الثاني *
 ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما ان يراد المثل من حيث الجنس او المقدار والاول ليس
 بشرط كما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مراجعة فان كان ما اشتراه به له مثل
 جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم او من غير الدراهم
 من الدنانير او على العكس اذا كان معلوما يجوز به الشراء لان الكل ثمن * والثاني
 يقتضي ان لا يضم الى رأس المال اجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها لانها ليست
 بثمن في العقد الاول * على ان الثمن ليس بشرط في المراجعة اصلا فانه لو ملك ثوبا بهيمة
 او وصية فقومه ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط * نيل فعلى هذا

(كتاب البيوع — *باب المراجعة والتولية*)

الاولى ان يقول نقل مملكه من السلع بما قام عليه والجواب من الاول باننا لنسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذ افضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يتقدم المالك على رد القيمة واخذ المصوب * والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع او قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مراد ان يجعل مجازا عما قام عليه من غير خيانة فيدخل فيه مسئلة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المراجعات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة **قوله** والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد على المراجعة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب * والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار وطساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والصفة كاشفة يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية من النبي عليه الصلوة والسلام كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود مقتضى وانتفاء المانع ولهذا ابي للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى البيعين ابي بناء على امانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها واكد بقوله والاحتراز عن الخيانة وشبهتها واصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم يصح المراجعة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما يعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة فشبهة الخيانة كما لم يجز المجازفة في الاموال الربوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحاط فيه **قوله** ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لا تصح المراجعة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا آنفا ان مبناها على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها * والاحتراز عن الخيانة في القيميات ان امكن فقد لا

لا يمكن من شبهتها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع
عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحرز
والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري مراجعة ممن ملك ذلك البدل من
البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مراجعة بربح معلوم من درهم او شيء من
المكبل والموزون الموصوف لا تقدره على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه بربح دة يازده
مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح
درهمين وان كان ثلاثين كان ثلثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال ويبعض قيمته لانه
ليس من ذوات الامثال نصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء
من احد عشر جزأ من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز
ثم الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو اما ان يطلق
الربح او ينسب الى رأس المال * فان كان الاول كما اذا قال بعثك بالعشرة وربح درهم فالربح
من نقد البلد * وان كان الثاني كقوله بعثك بربح العشرة احد عشر اودة يازده فالربح من جنس
الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار
والصبغ والطراز والقتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس
المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء
تزيد في ذلك فالصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف
المكان فيلحق به ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا لان القيام
عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى واذا باع بالرقم يقول رقمة كذا
فانا ابيعه مراجعة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ
لانه لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف اجرة التعليم فاذا اتفق على عبدة في تعلم عمل
من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لان الزيادة الحاصلة في المالمية باعتبار معنى في المتعلم

(كتاب البيوع — * باب المراجعة والتولية *)

وهو الحذانة والذكاء لا بما اتفق على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرائض والبيطار
 وجعل الآبق والحجام والختان فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة اما بالبينة او
 باقرار البائع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار عند المراجعة رح ان شاء اخذه بجميع الثمن
 وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رح يحط فيهما
 اي في المراجعة والتولية وقال محمد رح بخير فيهما لمحمد رح ان الاعتبار للتسمية لان
 الثمن يجب ان يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذ كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى
 والتولية والمراجعة ترويح وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة وفواته
 يوجب التخيير ولا يبي يوسف رح ان الاصل في هذا العقد كونه مراجعة وتولية لا التسمية
 ولهذا قال وليتك بالثمن الاول او بعتك مراجعة على الثمن الاول والحال انه معلوم
 واقتصر عن التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطل عدا حبتها
 لذلك فبقي ذكر المراجعة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فتحط الخيانة
 في النصليين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المراجعة
 من رأس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن
 الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم فيأخذ
 الثوب باثنى عشر درهما ولا يحنف رح انه لو لم يحط في التولية لايبقى تولية لانها تكون
 بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز ان لا يبقى تولية لئلا يتغير التصرف فتعين الحط
 وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجعة كما كانت من غير تغيير التصرف لكن يتفاوت الربح
 فيتخير بذلك لفوات الرضاء فلو هلك المبيع قبل ان يرد او استهلكه او حدث فيه ما يمنع
 الفسخ في بيع المراجعة فمن قال بالحط كان له الحط ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن
 في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد
 تغذر الرد بالهلاك او غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل

بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء
 الفائت فيسقط ما يقابلها عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازاً عما روي
 عن محمد ر ح في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن
 دفعا للضرر عن المشتري **قوله** ومن اشترى ثوبا فباعه بربح لا كلام في وضع هذه
 المسئلة وصورتها ظاهرة وانما الكلام في دليها قال العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام
 عن الاول وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تخلل ثالث بان
 اشترى من مشتريه ثوبا * وقال ابو حنيفة ر ح شبهة حصول الربح الحاصل بالعقد الاول
 ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري
 تأكد ما كان على شرف السقوط والتأكد في بعض المواضع حكم الايجاب كما لو شهدوا
 على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا ضمنوا نصف المهر لتأكد ما كان على
 شرف السقوط واذا كان شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة
 دراهم بعشرة والخمسة براء الخمسة والثوب بخمسة نبيعه مراجعة على خمسة احترازاً عن
 شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطي بيع المراجعة وهذا لو كان لرجل على آخر عشرة
 دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مراجعة على عشرة لان الصالح مبناه
 على التجوز والخطيئة ولو وجد الخط حقيقة ما جاز البيع مراجعة فكذا اذا تمكنت شبهة
 وعرض بانه لو كان كذلك لما جاز الشراء بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء
 الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربوا وهو حصول الثوب بلا عوض واجيب
 بان التأكد له شبهة الايجاب في حق العباد احترازاً عن الخيانة على ما ذكرنا في حق
 الشرع وشرعية جواز المراجعة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التأكد في المراجعة واما جواز
 البيع وعدمه في شبهة الربوا فحق الشرع فلا يكون للتأكد فيه شبهة الايجاب كذا نقل
 من فوائد العلامة حميد الدين ر ح بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره

(كتاب البيوع — * باب المراجعة والتولية)

ولم يستفد زبح المشتري الاول بالشراء الثاني فانفتت الشبهة **قوله** واذا اشترى العبد المأذون له اذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا ان كان المولى اشتراه وباعه من العبد لان في هذا العقد اي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة عدم الجواز مع الماني وهو تعلق حق المولى ببال العبد * وقيل كون العبد ملكاً للمولى ولهذا كان له ان يقضي الدين ويستفيد بكسب عبده فصار كالمبايع من نفسه فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المدكور فيه وانما يبيعه على الثمن المدكور في الاول وانما يفيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاة شيئاً لم يصح لانه لا يفيد للمولى شيئاً لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف هكذا قيد محمد ربح في الاعمال وكذا فخر الاسلام والصدور الشهيد وقاضي خان ولم يقيد بالطحاوي والعتابي والحق قيد لما ذكرناه **قوله** واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالعرف اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف لان مبني هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة لان هذا البيع اي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً للفرز ربح ففيه شبهة عدم * وجه قول الفرز ربح ان البيع مبادل للمال بالمال وهو انما يتحقق ببال غيره لا ببال نفسه فلا يكون البيع موجوداً * ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان التسليم الى المضارب انتطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالشرى من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتتاً على الفائدة ينعقد لان الاعداد يتبع الفائدة الا ترى انه اذا جمع بين عبده وعبد غيره واشترأهما صنعة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقدة لئلافة

لفائدة انقسام الثمن * واما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر ح وقد استوضحه
المصنف بقوله الاتري انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه
وعلى هذا وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل والوكيل
فيما وكله فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح
لان ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازاً عن شبهة الخيانة ، لا شبهة في اصل
الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مراجعة على ذلك **قوله** ومن اشترى
جارية فاعورت اذا اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري بآفة سماوية او بفعل
الجارية نفسها او غيرها وهي ثيب ولم ينقصها الوطى جازله ان يبيع مراجعة ولا يجب
عليه البيان لعدم احتباس ما يقابل الثمن لما تقدم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
قوله وانما اذا توخى قوله لانه لم يحتبس عند شيء يقبله الثمن ولهذا الوفاة العين قبل
التسليم الى المشتري لا يستقط شيء من الثمن وحصل ذلك منافع البضع اذا لم ينقصها
الوطى لا يقابلها شيء من الثمن وعرض بان منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري
اذا وطئها ثم وجد عيباً لم يتمكن من الرد وان كانت ثيباً وما كان ذلك الا باعتبار ان المستوفى
من الوطى بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري واجيب بان عدم جواز الرد
باعتبار انه ان ردّها فاما ان يردّها مع العترة وبدونه لاسبيل الى الاول لان النسخ يرد
على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالنسخ لا يرد عليها ولا الى الثاني
لانها تعود الى قديم ملك البائع ويسلم الوطى للمشتري مجاباً والوطى يستلزم العقد
عند سقوط العترة * لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف رج انه
لا يبيع في الفصل الاول اي في صورة الاعور ان غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو
قول الشافعي رج بناء على مذهبه ان الاوصاف حصّة من الثمن من غير فصل بين ما كان
التعيب بآفة سماوية او بصنع العباد فاما اذا افتقار عينا راجع الى اول المسئلة وفي بعض

(كتاب البيوع — * باب المراجعة والتولية)

النسخ فلنا فيكون جواب القول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله يعني اذا انفق المشتري عينها
 بنفسه او نفقاها اجنبي سواء كان بامر المشتري او بغيره وجب البيان عند البيع مراجعة لانه
 صار مقصودا بالاتلاف * اما اذا كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه * واما
 اذا كان بغير امره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابس بدل
 جزء من المعتقد عليه فيمتنع المراجعة بدون البيان * وعبرة المصنف رح تدل بالتنصيص على
 اخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد رح في اصل الجامع الصغير * وقال في النهاية كأن
 ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما نفقا الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان
 الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه * ثم قال والدليل على هذا اطلاق ما ذكره
 في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش * وذكر نقل المبسوط كذلك وكذا اذا وطئها وهي
 بكر لا يبيعها مراجعة الا بالبيان لان العذرة جزء من العين يتا بها الثمن وقد حبسها فلا بد
 من البيان ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار بالقاف من قرض الثوب بالمقراض اذا
 قطعه ونقص ابو اليسر رح على انه بالغاء او حرق نار جازان يبيعه مراجعة من غير بيان لان
 الاوصاف تابعة لا يتا بها الثمن ولو تكسر الثوب بنشرة وطئ لا يبيعه مراجعة بلا بيان لانه صار
 مقصودا بالاتلاف وقوله والمعنى ما بينا اشارة الى هذين الدليلين **قوله** ومن اشترى
 غلاما بالف درهم نسيئة ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة درهم
 ولم يبين ذلك للمشتري فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان الاجل شبهها بالمبيع
 فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصارك أنه اشترى
 شيئين وباع احدهما مراجعة بثنهما والمراجعة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة
 ونوفض بان الغلام السليم الاعضاء يزاد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم
 واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعور العين واجب
 بان الزيادة هناك ليست منصوفا عليها انها في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو ان يقول

ان اجلتي مدة كذا فثمنه يكون كذا بن زيادة مقدار فيثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولولم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك المبيع او استهلكه ثم علم لزمه بالف وماله لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فبا اعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فاما ان يستطشع من الثمن بعد الهلاك فلا والا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل **قوله** وان كان ولاه اياه يعني ان التولية كالمراجعة فيما علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعد اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمراجعة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وان كان استهلكه ثم علم بالخيانة لزمه بالف دالة لما ذكرناه ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة * وعن ابي يوسف رح انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزبوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد في مسائل مشورة قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه ابو الميث روي عن محمد رح انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة تلمت مقامه وهذا على اصله في التحالف مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل وهو قول ابي جعفر البلخي يقوم بشئ حال ويشترط مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولولم يكن الاجل مشروطا في العقد لكان منجم معتاد كعادة بعض البلاد يشترطون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر او ما جده او منجما قيل لا بد من بيان لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال **قوله** ومن ولئى رجلا شيئا بما قام عليه اذا قال ولئىك هذا بما قام علي يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبيغ والتبخل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه البيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس صح البيع ويخبر المشتري ان شاء اخذه وان شاء تركه ما الصحة فلان الفساد لم يقع بعد فكان فسادا بحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

واحدة وصار كخبر القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد المتقرر لا يقبل الإصلاح نظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فسادة بعد مه فيه واما خيار المشتري فلخلل في الرضاء لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الروية للجهالة في الصفات فكان في معنى خيار الروية فالحق به

* فصل * ل

وجه ايراد الفصل مظهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة ووجه ذكرها في باب المراجعة الاستطراد باعتبار تنيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمراجعة والتولية ومن اشترى شيئاً مما ينقل نقلاً حسياً وهو المراد بقوله يحول فسر به لئلا يتوهم انه احتراز عن المنع لم يجز له ان يبيعه حتى يقبض لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو باطل لانه حكمة على مالك ربح في تخصيص ذلك بالطعام * ولا تمسك له بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه عليه السلام قال اذا اشترى احدكم طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام يدل على ان الحكم فيه اداء بخلافه لان ابن عباس رضي الله عنه قال واحسب كل شيء مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مراداً او كان ذلك معروفاً بين الصحابة رضي الله عنهم حدث الطحاوي في شرح الآثار مسنداً الى ابن عمر رضي الله عنه انه قال ابتعت زيتاً في السوق فلما استوفيته لقيني رجل فاعطاني به ربخاً حسناً فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذواعي فالتفت فاذا يزيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان الرسول عليه الصلوة والسلام نهى ان تباع السلع حيث تباع حتى تحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف لتقع المسئلة على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد ربح وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك لعين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة الاولى **قوله** ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول * وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير جائز لانه عليه السلام نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك عليه وقد تقدم واعترض بان غرر الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا واجيب بان عدم جواز قبيل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى واحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرر بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العتار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمتقول لجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العتار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتباها على ربح مالم يضمن فان المتصور من البيع الربح وربح مالم يضمن منهى عند شرعوا والنهي يقتضى الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله لكونه عاقلا بالغ غير محجور عليه في محله لانه محل مملوك له وذلك يقتضى الجواز والمانع وهو الغرر معدوم لانه باعتبار الهلاك وهو في العتار نادر فصح العقد لوجود المقضي وانتفاء المانع بخلاف المتقول فان المانع فيه موجود * ومنع انتفاء المانع في العتار فانه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب واجيب بانه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وح لا يملك المشتري الاول الرد

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء عادله الرد * هو الاول ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر النسخ * واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتقيا والحديث معمول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدلائل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بانه تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول واجيب بانه عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فتحمله على المتقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام ان ابنته شيئا فلا تبعه حتى يقبض * سلمنا انه نهى عن بيع ما لم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح مخصصا * سلمنا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معمولاً بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولاً فردياً * واعلم اني اذكرك ما نسخ لي في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان يكون بيع المتقول وغير المتقول قبل القبض جائزاً وعموم قوله تعالى واحل الله البيع لكنه خص منه الربوا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربوا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو ما ان يكون معمولاً بغرر الانفساخ اولاً فان كان قد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مشنداً الى الاخرج عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الغرور وبينه وبين ادلة الجواز ذلك يستلزم الترك وجعله معمولاً بذلك اعمال لثبوت التوفيق والاعمال متعبر لا محالة وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق

الصداق وبدل الخلع فيكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض هذا والله اعلم بالصواب **قوله** والاجارة جواب عن قياس محمدرح صورة النزاع على الاجارة وتقديره انها لا تصلح مقيسا عليها لانها على الاختلاف قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع * وقيل لا يجوز بالاخلاف وهو الصحيح لان المانع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المانع فيمتنع جوازها كبيع المنقول **قوله** ومن اشترى مكيلة او موزونا موازنة اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد و اراد التصرف فذلك على اقسام اربعة * اشترى مكيلة وباع مكيلة * واشترى مجازفة وباع كذلك * واشترى مكيلة وباع مجازفة * او بالعكس من ذلك * ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري الاول ان يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف وهذه العلة موجودة في الموزون فكان مثله * وفي الثاني لا يحتاج الى كيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار * وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني الى كيل لانه لما اشترى مجازفة ملك جميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفا في ملك نفسه قال المصنف رح لان الزيادة له واعترض بان الزيادة لا تتصور في المجازفة واجيب بان من الجائز انه اشترى مكيلة مكيلة فانه على انه عشرة اتقرة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثني عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الاول * وفيه من التحلل ما ترى * وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة ففيزفنا هو زائد على ما ظنه والرائد للمشتري * ويجوز ان يجعل من باب الغرض ومعناه ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير
وجوده لا يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه أولى * ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض
كما في قوله تعالى إِنْ تَدْعُوهُمْ لَا يَسْمَعُوا دَعَاءَكُمْ وَلَوْ سَمِعُوا مَا اسْتَجَابُوا لَكُمْ * وفي الرابع
بححتاج الى كيل واحد اما كيل المشتري او كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز
التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا واما المجازفة
فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول
الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال
الزيادة على المشروط وذلك انما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بانه
دعوى مجردة واجيب بان التفصي عن عهدة ذلك بان يقال قوله تعالى واحل الله
البيع يقتضي جواز مطلقا وهو مخصوص بآية الربوا فجاز تخصيصه بخبر الواحد
وفيه ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما
بححتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول
بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل * ثم في قوله اشترى مكايلا اشارة
الى انه لو ملكه بهمة او ارث او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا
لو وقع ثمننا كما سأتي * وحكم بيع الثوب مدارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة
له اذا ذراع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد
به النص ليلحق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا معتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول
قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس
كذلك ولا بكيله بعد البيع بغية المشتري لان الكيل من باب التسليم اذا المبيع يصير به
معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفى
به اظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد

واحد وبحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما سيأتي في باب السلم ان من اسلم في كره فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا او مررب السلم يقبضه لم يكن قضاء وان امرة ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكثاله ثم اكثاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين * واعلم ان في كلام المصنف رح ايها المتناقض وذلك لانه وضع المسئلة اولاً فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة ان الصحيح ان يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسئلة فيما يكون فيه عقد واحد بشرط الكيل لما ان الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان بشرط الكيل فلا كفاءة بالكيل الواحد فهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بان يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول والمشتري هو الثاني وبالباع هو الباع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة وكاله بخضرة مشتربه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفتين غير منظور اليه فكأنه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اذا اجتمعت الصفتان كما في اول المسئلة وما سيأتي في باب السلم واما فيما نحن فيه فلا هذا * واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضي ان يكتفى بالكيل الواحد في اول المسئلة ايضاً لما ذكرنا * ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والا كفاءة بالكيل الواحد رخصة او قياس او استحسان لكان مدفعاً جازياً على القوانين لكني لم اظفر بذلك ولو اشترى المعدود عدد فهو كالمذروع فيما يروى من ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو رواية عن ابي حنيفة رح لانه ليس بمال الربوا ولهذا جاز

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

بيع الواحد بالاثنتين فكان كالمذروع وحكمه قدمرانه لا يحتاج الى اعادة الذرع اذا باع
مذارعة وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رح وهو قول الكرخي رح لانه لا تحل له الزيادة
الا يرى ان من اشترى جوزا على انها الف فوجدها اكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها
اقل يسترد حصة النقصان من البائع كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالموزون
في الموزون **قوله** والتصرف في الثمن قبل القبض جائز التصرف في الثمن قبل القبض
جائز سواء كان مسالا يتعين كالتقود او مسالا يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلاد را هم
او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدله شيئا آخر قال ابن عمر رضي الله عندهما كذا يبيع الابل
بالبيع فأنخذ مكان الدرهم الدنانير ومكان الدنانير الدرهم وكان يجوز رسول الله
صلى الله عليه وعلى آله وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر
الانفساخ بالهلاك منتفٍ لعدم تعينها بالتعيين اي في التقود بخلاف المبيع **قوله** ويجوز
للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن اذا اشترى عينا بمائة درهم ثم زاد عشرة مثلا او باع
عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك
فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة
المبيع من البائع حتى يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي
بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع
يرجع المشتري على البائع بهما * واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلحقان باصل العقد
عندنا وعند فرو الشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة
اي المهبية ابتداء ولا يتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمانا لان هذا التصحيح
يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد بالمسمى ثمانا فالزيادة في الثمن
تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز * وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع
فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار برا مبتدأ ولنا ان البائع والمشتري بالحط والزيادة غيرا

غير العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر و رابح و عدل فالزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا و العدل رابحاً و الخط يجعل الرابح عدلاً و العدل خاسراً و كذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع اصل العقد بالا قالة فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء اهلون من التصرف في اصله نصارك كما اذا كان لاحد العاقلين او لهما خيار الشرط فاستطاعا الخيارا و شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يستحق باصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له و وصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حظ البعض صحيحا لكان حظ الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض اجاب المصنف رح بالفرق بقوله بخلاف حظ الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه لان عمل الخط في اخراج القدر المحطوط من ان يكون نمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حظ البعض لوجود ما يصلح نمنا و اما حظ الجميع فتبديل للعقد لانه اما ان يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمنا انه لم يقصد ذلك او يصير هبة وقد كان قصد هما التجارة في البيع دون الهبة فلا يلحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حظ البعض باصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه و يظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الخط فان البائع اذا حظ بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لا خرو ليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الخط فكان الخط بعد العقد ملتحقا باصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة * و يظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى ياخذ الشفيع بما بقي في الخط **قوله** وانما كان للشفيع جواب سوال مقدرة تقريره لو كانت الزيادة ملتققة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

انما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيها * وهذا كله اذا كان المبيع قائما واما بعد هلاكه فلا يصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه اذا الاعتياض انما يكون في موجود والشئ ثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الخطا لانه بحال يمكن اخراج البديل عما يقابله لكونه اسقاطا والاستقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الخطي في الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح انه تصحح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع * ووجهه انه يجعل المعقود عليه قائما تنقذ به ويجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لا ثبات الملك وابقائه بطريق التجدد فلم يكن لابقاء العقد في حقه فائدة فاما في ما وراء ذلك ففيه فائدة فبقي والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم وتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن **قوله** ومن باع بشئ حال ثم اجله اجلا معلوما اذا باع شيئا بثمن حال ثم اجله لا يخلو من ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر رح لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي رح لانه دين فلا يتأجل كالتراض * ولما ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه ولان التأجيل اثبات براءة موقته التي حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة الموقته اولى * وان كان الثاني فلا يخلو ما ان تكون الجهالة فاحشة او يسيرة فان كانت الاولى كما اذا اجله الى هبوب الريح او نزول المطر لا يجوز وان كانت الثانية كالحصاد والدياس جاز كالصفة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة * بخلاف البيع وقد ذكرناه من قبل يعني في اواخر البيع الفاسد **قوله**

قوله وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلاً كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلاً لما ذكرنا انه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لان القرض في الابتداء صله واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملك من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب في القرض رد المثل لارد العين فعلى اعتبار الابتداء لا يصح اي لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسبيته وهو ربوا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وتلنا بجوازه بل لزوم ونوقض بما اذا وصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة واجب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا يروى انه لو وصى بشجرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً للموصى والله اعلم

* باب الربوا *

لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان انواع البيوع التي نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربوا فان النهي يعتب الامر وهذا لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيل لمحمد رح الاتصاف شيء في الزهد قال قد صنعت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل وما يحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال * والربوا في اللغة هو الزيادة من ربح المال اي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومهنة الاشياء الربوية ونفتح الراء خطأ كذا

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

انما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيها * وهذا كله اذا كان المبيع قائما واما بعد هلاكه فلا يصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه اذا الاعتياض انما يكون في موجود الشيء ثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البديل عما يقابله لكونه اسقاطا والاستقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع * ووجهه انه يجعل المعتقدون عليه قائما تندبر او يجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك وابقائه بطريق التجدد فلم يكن لبقاء العقد في حقه فائدة فاما في ما وراء ذلك ففيه فائدة فبقي والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلته الثمن وهو قائم وتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن **قوله** ومن باع بثلثين حال ثم اجله اجلا معلوما اذا باع شيئا بثلثين حال ثم اجله لا يخلو من ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صحيح وصار مؤجلا وقال زفر رح لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي رح لانه دين فلا يتأجل كالقرض * ولما ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه ولان التأجيل اثبات براءة موقته الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة الموقته الاولى * وان كان الثاني فلا يخلو ما ان تكون الجهالة فاحشة او يسيرة فان كانت الاولى كما اذا اجله الى هبوب الريح او نزول المطر لا يجوز وان كانت الثانية كالحصاد والدياس جاز كالوكالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة * بخلاف البيع وقد ذكرناه من قبل يعني في اواخر البيع الفاسد **قوله**

قوله وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلاً كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلاً لما ذكرنا انه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لان القرض في الابتداء صلته واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب في القرض رد المثل لارد العين فعلى اعتبار الابتداء لا يصح اي لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسبيته وهو ربوا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقتلنا بجوازه بل لزوم ونوقض بما اذا اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا يروى انه لو اوصى بشرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً للموصى والله اعلم

* باب الربوا *

لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان انواع البيوع التي نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربوا ان نهى يعتب الامر وهذا لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيل لمحمد رح الاتصاف شيء في الزهد قال قد صنعت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل وما يحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال * والربوا في اللغة هو الزيادة من ربح المال اي زاد وينسب فيقتل ربوي بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية وفتح الراء خطأ كذا

في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع **قال الربوا** محرم في كل مكيل أو موزون أي حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة جار في كل ما يكال أو يوزن إذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه فالعلة أي لوجوب المماثلة هو الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس **قال المصنف** رح ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل لأنه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفرادة يتناول الآخر والأصل فيه الحديث المشهور الذي تلتته العلماء بالقبول وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يد أبيع والفضل ربوا وعد الأشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والنضة على هذا المثال ومداؤه على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم ويروى بر وايتن بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلاً بمثل ومعنى الأول بيع التمر حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه وأعرب بأعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر * والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي كبراً بكيل وكذلك في الموزون وزناً بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما يطلق عليه اسم الحنطة فإن بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه * ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه جيدها ورديها سواء وكلام رسول الله عليه الصلوة والسلام يفسر بعضه بعضاً فإن قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح أجيب بأن الوجوب مصروف إلى الصفة كقولك مت وانت شهيد وليس المراد الأمر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهادة إذا مات * كذلك المراد الأمر بكون البيع على صفة المماثلة وقوله يد أبيع المراد به عندنا عين بعين وعند الشافعي روح قبض قبض وقوله والفضل ربوا الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعندة فضل ذات أحدهما على الآخر حرام والتحكم معلول بإجماع القائلين احترام عن قول داود من المناخير بن وعثمان البستي من

من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه
من القدر والجنس وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والتمنية في الائمان والجنسية شرط
لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وحينئذ لا يكون لها
اثر في تحريم النساء فلو سلم هروبا في هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود احد وصفي
العلة وسيأتي والمساواة مخلص يتخلص بها عن الحرمة لانه اي الشارع نص على شرطين
التقابض والمماثلة لانه قال يدايد مثلا بمثل منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا
في رواية النصب * وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب الا انه عدل الى الرفع للدلالة
على الثبوت وكل ذلك اي كل من الشرطين يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح
فاذا كان عزيزا خطيرا فيعمل بعله تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم في المطعومات لبقاء
الانسان به والتمنية في الائمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية
في ذلك اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا والحاصل ان العلة انما تعرف بالتأثير
وللطعم والتمنية اثر عنده كما ذكرنا وليس للجنسية اثر امكن العلة لا يكمل الا عند وجود
الجنس فكان شرطا لان الحكم قديد ورمع الشرط وجوده لا وجوبه ولنا ان الحديث
اوجب المماثلة شرطا في البيع بقوله مثلا بمثل لما مر انه حال بمعنى مما تلاوا الاحوال شروط
ووجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحد معان ثلاثة لتحقيق معنى البيع فانه
ينبغي عن التقابل وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان احدهما
انقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه اوصيانة لا مهوال الناس عن التوى
لان احد البدلين اذا كان انقص من الآخر كان التبادل مضيعا لفضل ما فيه الفضل او تنسيما
للفائدة باتصال التسليم به اي بالتماثل يعني ان في التقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت
المماثلة قبضا بعد مماثلة كل منهما للآخر لتنظيم فائدة العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه
خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدر الا ببيان المماثلة

(كتاب البيوع — *باب الربوا*)

من حيث القبض والأولى ان يقال لو لم يكن احد العوضين مما لا للآخر لم تنم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعافي حق احد المتعاقدين وضررافي حق الآخر واذا كان مثلا للآخر يكون نفعافي حقهما فتكون الفائدة اتم بعد القبض لكونه نفعافي حقهما جميعا ولقائل ان يقول هذه الالوجه الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققة في سائر البياعات لانها لا تنك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوى وتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا يتخلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبهافي الربوا هو النص والوجه المذكورة حكمة لاعلة ليتصور التخلف * واذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربوا لان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل ان يقول انما يلزم حرمة الربوا عند فوات شرط الحل ان لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام غيرة وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل ثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه اتم فليطلب ثمه **قوله** والمماثلة بين الشيئين بيان عليه القدر والجنس لوجوب المماثلة وذلك لان المماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى وهو واضح والمعباري سوي الذات اي الصورة والجنسية تسوي المعنى فان كيلا من بر يساوي كيلا من در من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك تقبض حنطة بقبض شعير يساويان صورة لا معنى ولقائل ان يقول قد تبين ان المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء واما بطريق التعديّة من اصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لان النص اوجب المماثلة في الاشياء الستة شرطا فاثبتناه في غيرها تعديّة فكان جائزا فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس فيظهر الفضل على ذلك

ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد **قوله** ولا يعتبر الوصف يجوز ان يكون جواب سوال تقريره ان المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا فاذا استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا في المالمية * والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة في المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الامن باب اليسير وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف اولان في اعتباره سد باب البياعات لان الحنطة لا تكون مثلا للحنطة من كل وجه فالمراد البياعات في الربويات لا مطلق البياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات اول قوله عليه السلام جيد هاورد بها سواء **قوله** والطعم والشمية جواب عن جعله الطعم والشمية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما اضيف اليهما لانهما لما كانا من اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيها الاطلاق لشدة الحاجة اليها دون التضيق الا يرى ان الحاجة اذا اشتدت اثرت في اباحة الحرام حالة الاضطراب فكيف يؤثر في حرمة المباح بل سنة الله تعالى جرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لو جود المفسد فلا تكون المساواة مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرناه من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل او وزنا بوزن جاز البيع لو جود المقتضي وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروى وان تفاضلا لم يخز لتحقق الربوا بانتفاء الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردى الا **قوله** ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين اي ومما ينترتب على الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقيق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعد وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل

في الحفنة والحفنتين فتنقى الممانلة فينتقي تحقق الفضل واستوضح ذاك بقوله ولهذا
 اي ولان الحفنة والحفنتين لما لم تدخل تحت المعيار الشرعي وجب القيمة عند الاتلاف
 لأمثلها فلو تعينت مكيلة او موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات
 الامثال دون القيمة وعند الشافعي ربح لا يجوز لان علة الحرمة هي الطعم وقد وجدت
 والمخاض المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود
 الطعم وعدم المساوي وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات
 من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير
 في الشرع بمادونه واما اذا كان احد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه
 فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا ابتاع مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه
 متفاضلا كالجنس والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم
 والثنية **قوله** واذا اعدم الوصفان اذا ثبت ان علة الحرمة شيان فاما ان يوجد او يعد ما
 او يوجد احدهما دون الآخر فالاول ما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء
 لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما اشار اليه بقوله والاصل فيه الاباحة يعني اذا كانت اصلا
 وقد تركت بوجود العلة التي هي القدر والجنس تظهر عند عدمهما لان عدم
 يثبت شيئا * واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم
 هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما
 حتى لو باع عبدا بعد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية وقال الشافعي ربح الجنس
 بانقرضه لا يحرم النساء بالنقدية ومد ما لا تثبت الاشبهة الفضل بالاتفاق وحقيقة
 الفضل غير مانع من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبد
 فالشبهة الاولى قبل ليس في تخصيص الجنس بالذكور في عدم تحريم النساء زيادة فائدة
 فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص

ص ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس واما في صورة القدر فقد يوجد فانه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسبية وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو ان التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المصنف رحمه الله من انه مال الربوا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربوا حقيقة وشبهة لانزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى محل وعلة كالْحَقِيقَةِ ولا يجوز ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والاكانت حقيقة او مقارنته لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما نحن فيه مما يجري فيه ربوا النسبية مال الربوا من وجه نظر الى ان القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير والجنس كما في الهروي مع الهروي اذا كان احدهما نقد او الآخر نسبية وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلية تثبت بها شبهة الحكم والقديية اوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربوا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين * احدهما ما قيل ان كونه من مال الربوا من وجه شبهة وكون القديية اوجبت فضلا شبهة فصا وشبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني ان كون شبهة الربوا كالحقيقة اما ان يكون مطلقا او في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب ان تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وثمة شبهة اخرى وهي التي في العلة وبشبهة العلة والمحل تثبت شبهة الحكم لاشبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة غير حاصلة بل المشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان الحقيقة مانعة في محلها اذا وجدت العلة بكما لها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالا حاديث النبي تدل على كل واحد منهما كما استدلل بعض الشارحين * بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

ان النبي عليه السلام جهز جيشا فامرني ان اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل للشافعي رح *
 وبما روى ابو داود في السنن عن النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الحيوان
 بالحيوان نسيئة لنا فالجواب ان جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعاه عن ذلك
 فان قيل اجماع الصحابة رضي الله عنهم على حرمة النساء فكان الاستدلال به اولي
 من المذكور في الكتاب فالجواب ان الخصم ان سلم الاجماع فله ان يقول انهم اجمعوا
 على حرمة النساء في كمال العلة لافي شبهتها وقوله الا انه اذا سلم استثناء من قوله
 فاذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرمة النساء فان ذلك يقتضي عدم اسلام
 النقود في الزعفران لوجود الوزن كالسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه
 كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه
 اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسنجات وهي معربة سبك ترازو
 ونقل عن القراء ان السين افسح ونقل عن ابن السكيت السنجات ولا يقال بالسين
 واما الثاني فلان الزعفران مشتمل يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه
 لو باع بالنقود موازنة بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه
 عشرة دنانير مثلا وقبضها البائع صح التصرف فيها قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط انه
 منوان مثلا وقبله المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعبد الوزن واذا اختلفا في الوزن
 صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما النقد ر من كل وجه فتزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة
 فان الموزونين اذا اتفقا كان المنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن
 والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة لا يقال لم يخرجها
 بذلك عن كونها موزونين فقد جمعهما الوزن لان اطلاق الوزني عليهما بالاشراك
 اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة * وفي عبارة
 المصنف رح تسامح فانه قال فاذا اختلفنا بصورة ولم يختلفا معنى ولهذا قال شمس الأئمة بل

بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا حمل قوله صورة على ان معناه صفة كما قال في اول التعليل في صفة الوزن فذاك اعتبار رائد على ما ذكره .

شمس الائمة رح وقال العراقيون في وجه ذلك انما جازلان الشرع رخص في السلم والاصل في رأس المال هو النقود فلولم يجز لو جود احد الوصفين لانسد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب فآثر الشرع الرخصة في التجوز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الائمة واكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولسانا نقول به

قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كل ما نص رسول الله عايه الصلوة والسلام على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والتمر والملح فهو مكمل ابد او ان ترك الناس فيه الكيل وكل ما نص على التحريم فيه وزنا كالذهب والفضة فهو موزون ابدالان النص اقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على العرف لانها هي عادات الناس دالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف رح اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك اي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان للعادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب ان يثبت الحكم على وفاق ذلك فعلى هذا الوباغ الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي رح لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الالام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة انه

ذكر في المجرى من اصحابنا رحمهم الله انه لا يجوز فكان في المسئلة روايتان **قوله** وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح نصف من والاواني جمع اوقية كائني واوقية قبل هي على وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح انه اربعون درهما والظاهر انها تختلف بالزمان والمكان * وكل ما يباع بالاواني فهو وزني لانها قدرت بطريق الوزن ان تعد يلها انما يكون بالوزن ولهذا يحسب ما يباع بالاواني وزنا **قوله** بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لانها قدرت يعني ان سائر المكاييل لم يقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيها اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفصل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جازوا انما يتد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لانه اذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا انه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في كل وقت لانه لا يستمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيرا فمرنا ان كيل الرطل موزون فجاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن **قوله** وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان عقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضه في المجلس قوله يعتبر خبرنا ان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب لقوله عليه الصلوة والسلام التمسك بالقبضة هاء وهاء معناه يدا بيد وقد تقدم دلالة على الوجوب وهاء مدد على وزن هاء ومعناه خذ اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان وفسره بقوله يدا بيد جرا الى افادة معنى التعيين كما تبين وما سوى جنس الاثمان من الربويات يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام اي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كره حطة بكر حطة او بغير جنسه ككر حطة بشعير او تمر فانه اذا افترقا لاعتن قبض فسد العقد عنده استدلال على ذلك بقوله عليه الصلوة والسلام في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها آلة له فهي كناية

كناية وبأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض والنقد مزينة فتثبت شبهة الربوا كالحال
والمؤجل ولنا أن ما سواه مبيع متعين لأنه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط
فيه القبض كالثوب والعبد والداية وغيرها وهذا أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين
لأن الفائدة المطلوبة بالعقد إنما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين
فلا يحتاج إلى القبض فإن قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف أجاب بقوله
بخلاف الصرف فإن القبض فيه ليتعين به فإن النقود لا تتعين في العقود وقوله ومعنى قوله
عليه السلام جواب عن استدلال الخصم بالحديث فإنه إذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليل له
على القبض * والدليل على ذلك ما رواه عباد بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة
أن اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجتماع المركب
أما عندنا فلأن الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حمل أحدهما
على الآخر وقوله إذا يبدى يحتمل أن يكون المراد به القبض لأنه آتية كما تقدم وأن يكون التعيين
لأنه إنما يكون بالإشارة باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل
على المحكم ولا يقال لزوم العمل بعموم المشترك أو التجمع بين الحقيقة والمجاز لأنكم جعلتم يدا
يبد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لأننا نقول جعلناه في الصرف
بمعنى القبض لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو في معنى العين في المجال كلها
لكن تعيين كل شيء بحسبه ونقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إناء ذهب
بيع إناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين فإن الإناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط
واجب بأنه وإن تعين لكنه لما كان ثنا خلقه كأن فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربوا
كالحقيقة فاشتراط القبض دفعها وأعرض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقكم في أن الاثنان
لا تتعين بالتعيين وأما الشافعي رح فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب أنه ذكره
بطريق المبادي ههنا لثبوت الدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه وقوله وتعاقب القبض

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

جواب عن قوله ولأنه إذا لم يقبض في المجلس ووجهه أن المانع تعاقب بعد تفاوتا في المالمية صرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لأن التجار لا يفصلون في المالمية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد أن يكون حالا معينا **قوله** ويجوز بيع البيضة بالبيضتين بيع العددى المتقارب بجنسه متفاضلا جازان كأننا موجودين لانعدام المعيار وأن كان أحدهما نسيئة لا يجوز لأن الجنس بانفرادة يحرم النساء فإن قيل يجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنتين أجيب بأن التماثل في ذلك إنما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدد وأن وأما الربوا فهو حق الشرع فلا يعمل فيه اصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا * وخالفنا الشافعي رح فيه لوجود الطعم على ما مر **قوله** ويجوز بيع الفلوس بالفلسين باعيا نهما بيع الفلوس بجنسه متفاضلا على أوجه * بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما * وبيع فلس بغير عينه بفلسين باعيا نهما * وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهما * وبيع فلس بعينه بفلسين باعيا نهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع * أما الأول فلأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية تطعلا اصطلاح الناس على إهدار قيمة الجودة منها فيكون أحد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربوا * وأما الثاني فلأنه لو جاز أمسك البائع الفلوس المعين وطلب الآخر فهو فضل خال عن العوض * وأما الثالث فلأنه لو جاز قبض البائع الفلسين ورد إليه أحدهما مكان ما استوجبه في ذمته فبقي الآخر له بلا عوض * وأما الوجه الرابع فجوزة أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز لأن الثمنية في الفلوس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فثبت أنما ناهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما إذا كانا بغير أعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين وبهذا يتبين أن الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو

لو قوبلت بخلاف جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلك قبل التسليم لم يبطل
العقد كالذهب والنقصة ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذا لا ولاية لغيرهما
عليهما وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانها
اذا اكسدت باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تكون عروضا
ايضا باصطلاحهما اذا كان الكل متفقاً على ثمنيتها سواهما واجيب بان الاصل في الفلوس
ان تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز
ان تكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الاصل واما اذا اصطالحا على كونهما
عروضا كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزا وان كان من سواهما متفقين على الثمنية
وفيه نظر لانه ينافي قوله ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذا لا ولاية للغير عليهما
ويمكن ان يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما * او بشرط ان يكون من سواهما
متفقين على الثمنية واذا بطلت الثمنية فلعودها عروضا تتعين بالتعيين فان قيل اذا عادت
عروضا عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز اجاب
المصنف ر ح بقوله ولا يعود وزنيا لانهما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين
اعرضا عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجع الى الوزن ولم يكن العد ملزوما
للثمنية حتى ينتهي بانقضاءها فبقي معدودا * واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد
بقوله اذا في نقضه يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم
ولو ضم الى ذلك والاصل حملة على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد
عليها مطلقا وفي غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد **قوله** نصا ركا لجوزة
بالجوزتين بيان لانفكاك العددية من الثمنية وقوله بخلاف النقود جواب عن قوله
كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما وقوله
بخلاف ما اذا اجواب عما قال كما اذا كانا بغيرا عيانهما فان ذلك لم يجوز لكونه كالثما

بكالى اى نسيئته بنسيئته وهو منهي عنه وقوله ويختلف ما اذا كان احد هما بغير عينه جواب
من القسمين الباقيين لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النساء
قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا
لشبهة الربوا لانهما مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهما اى الدقيق والسويق من اجزاء
الحنطة لان الطحن لم يؤثر الا في تفريق الاجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر
زائلا من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة
والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدل الصورة واختلفت المعاني فان ما يتغنى من الحنطة
لا يتغنى من الدقيق فانها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق
وربوا الفصل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبصيرورته دقيقا زالت المجانسة
من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلوا ما ان يكون
الدقيق حنطة اولا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والاول يوجب
الجواز اذا كان متساويا كذلك اجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير متساوييهما
وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة
فلا يجوز وان كان كيلا بكيل قيل حرمة الربوا حرمة تنهاى بالمساواة في الاصل وعلى
ما ذكرتم في هذا الفرع ثبتت حرمة لاتنهاى نصا مثل ظهار الذمي على ما عرف واجيب
بان حرمة الربوا تنهاى بالمساواة في الحقيقة او في الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة
النساء لاتنهاى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني ويجوز ان يقال الحرمة
تنهاى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا يتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق
متساويا كيلا بكيل التحق الشرط وهو وجود المتساوي * ومتساويا كيلا بكيل قيل حالان
متداخلا لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين
وفائدة ذكر الثانية نفي توهم جواز المساواة وزنا * حكى عن الشيخ الامام ابي بكر محمد

محمد بن الفضل رح ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساوا ياكلانما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة رح متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء حنطة غير مثلية والسويق اجزاء هامة مثلية فكما لا يجوز بيع اجزاء بعض بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع اجزاء بعض باجزاء بعض آخر وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود ان يلت بالسمن او العسل او يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يد ابيد * والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمثلية بغير المثلية والعكلة بالمسوسة التي اكلها السوس * المثلية هي المشوية من قلى يتلى اذ اشوى ويجوز مقلوة من فلا يقلو والعكلة هي الحبيدة التي تكون كالعلك من صلابتها يتمد من غير انقطاع والسوسة العثة وهي دودة تقع في الصوف والياب والطعام ومنه الحنطة المسوسة بكسر الواو والمشددة **قوله** ويجوز بيع اللحم بالحيوان بيع اللحم بالحيوان على وجوه * منها ما اذا باع بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحمان المختلف على ما نبين * ومنها ما اذا باع بحيوان بجنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق اذا كانا متساويين في الوزن والا فلا * ومنها ما اذا باع بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول اكثر وهو ايضا بالاتفاق * ومنها ما اذا باع بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب وهو جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وغير جائز عند محمد رح الا اذا كان اللحم المفروز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا اما من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن فصار كالحل اي الشيرج بالسهم ولهما انه باع الموزون

(كتاب البيوع — *باب الربوا*)

بما ليس بموزون لأن اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لأنه يخفى نفسه مرة ويثقل أخرى بضرب قوة فيه فلا يدري أن الشاة خفت نفسها أو ثقلت بخلاف مسألة الحل بالسهم لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجبر ويوزن الثجبر وهو مثله * وهذا في الحقيقة جواب عما يقال أن السهم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسهم عند التمييز بين الدهن والثجبر ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لأن الحل والسهم يوزن ثم يميز الثجبر ويوزن فيعرف قدر الحل من السهم والحيوان لا يوزن في ابتداء حتى إذا ذبح ووزن السقط وهو لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والأمعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنسبين أيضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون يدايد فان قيل إذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسبته وهما ليس كذلك أجيب بان النسبة ان كانت في الشاة الحية فهو سالم في الحيوان وان كانت في البدل الآخر فهو سالم في اللحم وكلاهما لا يجوز **قوله** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل جوزه ابو حنيفة رح خاصة وقال لا يجوز لقوله عليه الصلوة والسلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي حين سئل عن بيع الرطب بالتمر وقال او ينقص اذا جف فقل نعم فقال عليه السلام لا اذا ابي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف * وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك * وقوله فقال عليه السلام هو الليل * ولا يبي حنيفة رح المنقول والمعقول اما الاول فلانه عليه السلام سمى الرطب تمرا حين اهدي رطبا فقال او كل تمر خبير هكذا * وبيع التمر بمثله جائز لما روينا من الحديث المشهور * واما المعقول فما روي ان

ان ابا حنيفة رَح لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا شديدًا عليه لمخالفته الخبر فاجتمع بان الرطب لا يخلو ما ان يكون تمرًا اولًا فان كان تمرًا جاز العقد باول الحديث يعني بقوله عليه السلام التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد بن مسعود قال هذا الحديث داثر على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعتراض بان التريد المذكور يقتضي جواز بيع المقلبة بغير المقلبة لان المقلبة اما ان تكون حنطة فيجوز باول الحديث او لا تكون فيجوز بآخرة فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا من اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى ان تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز ان يقال انه حنطة وقوله فيجوز باول الحديث فلنا انما جاز ان لو ثبت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قيل ان القلي صنعة يغرم عليها الا عواض فصار كمن باع تفيزا بقبزود رهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله تعالى ساقط بالحديث واما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتبارا بين النقد والنسيئة * وكل تفاوت يبتني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلبة بغيرها والحنطة بالدقيق * وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والردى **قوله** وكذا العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل ابي حنيفة رَح * وقبل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلبة بغيرها * وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجة انما قتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق التمر على الرطب جعلنا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصناعي المفسد كما في المقلبة بغيرها والرطب بالرطب

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

يجوز متماثلا كبلأى من حيث الكيل عندنا خلافا للمشافعي رح لانه ربوي يتفاوت في اعدل
 الاحوال اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق * ولنا انه يبيع التمر بالتمر متساويا
 فكان جائزا وكذلك يبيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة
 او الحنطة الرطبة بالمبلولة او باليابسة والتمر الملتع بالملتع او الزبيب الملتع بالملتع من انقع
 اذا انقي في الخاية ليمتل وتخرج منه الخلاوة جائز عند الشيخين وابي يوسف رحمه الله
 وقال محمد رح لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال في المال
 وهو حال الجفاف ومنزعه حديث سعد رض وابو حنيفة رح يعتبرها في الحال عملا باطلاق
 الحديث المشهور وكذلك ابو يوسف رح الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر
 لحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد رح الى التفرق بين هذه الفصول يعني بيع الحنطة الرطبة
 والمبلولة الى آخرها وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في اعدل
 الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله ان التفاوت اذا ظهر
 مع بقاء البدلين او احدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه
 واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد اذ لم يكن
 تفاوتاً في المعقود عليه فلا يكون معتبراً وتقال ان يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد وارداً
 على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات
 المشار اليها وهو لا يتبدل **قوله** ولو باع البسر ببيع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لانه تمر
 لما بينا ان التمر اسم لثمرة النخل من اول ما تعتقد صورته وبيعه به متساويا من حيث الكيل
 يداهي جائز بالاجماع وبيع الكفري بضم الكاف وفتح الغاء وتشديد الراء وهو كم النخل
 سمي به لانه يستمر ما في جوفه بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا يدان الكفري ليس بنمر
 لكونه قبل انعقاد الصورة **قوله** والكفري عددي متفاوت قبل هو جواب سوال تقريره
 لولم يكن تمر الجاز اسلام التمري الكفري لكنه لم يجوز تقرير الجواب انه عددي متفاوت

متفاوت بالصغر والكبر ويتفاوت أحاده في المألية فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة **قوله**
 ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن
 الابيض ويقال للعصير قبل ان يغير شيرج وهو عرب شيرة والمراد به هنا ما يتخذ من السمسم *
 واعلم ان المجانسة بين الشئيين تكون تارة باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الضمن
 ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز حنطة علكة بتقفيز مسوسة من غير
 اعتبار ما في الضمن * واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق *
 والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالاخر فلا يخلو اما ان يعلم كمية
 ما يستخرج من الزيتون او لا * والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو ما لمحقق في هذا الباب *
 والاول اما ان يكون المنفصل اكثر او لا والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت
 والتجيران نقص المنفصل من المستخرج من الزيت والتجبر وحده ان ساواه على تقدير
 ان يكون التجبر ذاتية * واما ان لم يكن كما في الزبد بعد استخراج السمن اذا كان السمن
 النخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز هو المروي عن ابي حنيفة ر ح والاول جائز
 لوجود المتضمن وانتفاء المانع * والشيرج بالسمسم والجوز بد منه والبن بسمنه والغنب بعصيره
 والتمر بد بسد على هذا الاعتبار ولقابل ان يقول السمسم مثلاً يشتمل على الشيرج والتجبر *
 فاما ان يكون المجموع منظوراً اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم
 مطلقاً لان الشيرج وزني والسمسم كيلبي * او من حيث الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم
 متفاضلاً صر فالكل واحد من الدهن والتجبر الى خلاف جنسه كما اذا باع كرحنطة وكر
 شعير بثلاثة اكرار حنطة وكر شعير او يكون احدهما اما الدهن او التجبر منظوراً اليه فقط
 والثاني منتفٍ عادة والاول يوجب ان لا يقابل التجبر بشيء من الدهن وليس كذلك
 والجواب ان المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم
 متفاضلاً قوله صر فالكل واحد من الدهن والتجبر الى خلاف جنسه فلذلك اذا كانا

(كتاب البيوع — *باب الربوا*)

منفصلين خلقة كما في مسألة الاكرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والتجبر ليسا كذلك
واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله منساويا * فقبل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو
نظير الحنطة بالدقيق * وقيل يجوز لان اصلهما واحد وكلهما موزون * وان خرجا
من الوزن او خرج احدهما من الوزن لابس بيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضي خان
وبيع الغزل بالشوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيف ما كان بالاجماع وهذا يخالف
ماروي عن محمد ر ح ان بيع القطن بالشوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا **قوله**
ويجوز بيع اللحمان كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكوة لا يوصف
باختلاف الجنس كالبقرو الجواميس والبهائم والعراب والمعز والضأن فلا يجوز بيع
لحم احدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف
كالبقرو الغنم والابل فيجوز بيع لحم احدهما بالآخر متفاضلا **قوله** وكذلك الالبان وعن الشافعي ر ح
ان المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا انها
فروع اصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة
كالادهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار والمعنى العام كالطعم في المطعومات
والثفكة في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشك بالطيور فان بيع لحم بعضها
ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس بوزني
ولا كيلي فلم يتناول القدر الشرعي وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا **قوله** اذا لم يتبدل
بالصنعة قبل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم يتبدل
الاجزاء بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا
كالهروي والمروني وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادها فكأنه يقول
اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم يتبدل بالصنعة واما اذا تبدلت فلا يوجب
وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروي مع

مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادهما مع اختلاف
الاصل كالدرهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبية
فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول **قوله** وكذا اخل الدقل بخل الغن
الدقل هو ارضي التمر ويبيع خله بخل الغن متفاضلا جائزا يدايد وكذا حكم سائر الثمر
ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا اخرج الكلام على مخرج العادة * وانما جاز
التفاضل لاختلاف بين اصليهما ولهذا كان عصيراهما يعني الدقل والغن جنسين
بالاجماع وشعر المعزوصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد فجاز بيع احدهما بالآخر متفاضلا *
وهذا يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل
فان المقصود هو المقصود فاختلفه يوجب التغير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر
يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود واللفافة لا يقال لو اختلف
الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما واحد
فكان الجنس متحدا لانا لانسلم ذلك فان لبن البقر قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتحد
القصد اليهما والاولى ان يقال فلما اختلف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد
الاصول ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول * فالاصل ان يوجب
اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل بالصنعة وان يوجب اتحاد
الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة او اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر
عليه نقض * ومن هذا يتبين انه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل ويسقط ما قيل شعر
المعزوصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد لما مرو بالنظر الى المقصود جنسان
فينبغي ان لا يجوز التفاضل بينهما في البيع توجيها بجانب الحرمة لان المقصود راجح
قوله وكذا اشحم البطن بالالية او باللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة لاختلاف
الصور والمعاني والمنافع اختلفا فاجسا اما اختلاف الصور فلان الصورة ما يحصل منه

(كتاب البيوع — *باب الربوا*)

في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء * واما اختلاف المعاني
فلانه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة * واما اختلاف المنافع فكافله
الطب **قوله** ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما ان يكون
حال كونهما نقدين او حال كون احدهما نقدا والآخر نسيئة فان كان الاول جازلا لانه صار
عددا او موزونا فخرج عن كونه مكبلا من كل وجه والحنطة مكبلة فاختلف الجنس
وجاز التفاضل وعليه الفتوى وروي عن الشيخين رح انه لا خير في داي لا يجوز *
والتركيب للمبالغة في النهي لانه نكرة في سياق النفي فعم نفي جميع جهات الخير *
وان كان الثاني فلا يخلوا ما ان يكون الحنطة والدقيق نسيئة او الخبز فان كان
الاول جازلا لانه اسلم موزونا في مكبل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره * وان كان الثاني
جازا عند ابي يوسف رح لانه اسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما ذكر قال المصنف رح
والفتوى على قول ابي يوسف رح وهذا يعني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز
في الصحيح يعني قول ابي يوسف رح وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن
يجب ان يحتمل وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لتلا يصير استبدال
بالسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند ابي حنيفة رح عددا او وزنا لانه يتفاوت
بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة والخباز باعتبار حذقه وعدمه وبالتور
في كونه جديدا فيجي خبزه جيدا او عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في اول
التور لا يجيء مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد رح يجوز
استقراضه عددا او وزنا لرك قياس السلم فيه للتعامل وعند ابي يوسف رح يجوز وزنا
ولا يجوز عددا للتفاوت في أحاده **قوله** ولا يربوا بين المولى وعبد ولا يربوا بين المولى وعبد
الما دون الذي لا دين عليه يحبط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع
فلا يتحقق الربوا فعدم تحقق الربوا بعد وجود البيع بحقيقته في دار الاسلام مشتملا على شرائط الربوا

(كتاب البيوع — * باب الحقوق *)

الربوا دليل على عدم جواز البيع وإذا كان عليه دين تحقق الربوا الآن ما في يده ليس ملكا لمولاه
عند البيع فله روح وعندهما وإن كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالأجنبي
فيحقق الربوا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه **قوله** ولا بين المسلم والحربي
في دار الحرب لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند البيع ومحمد رحمه الله
خلافًا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن من أهل الحزب في دارنا
فانه إذا دخل الحربي دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم لا يجوز فكذا إذا دخل المسلم
أرض الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق
بعقد البيع * ولا يبيح بيعه ومحمد رحمه الله ما روى مكحول عن النبي عليه الصلوة والسلام
انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال
أهل الحرب في دراهم مباح بالاباحة الأصلية والمسلم المستأمن انما منع من أخذه لعقد
الأمان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي ماله برضا زال المعنى الذي خطر لاجله
قوله بخلاف المستأمن جواب عن قياسهما وتقريره ان المستأمن منهم في دارنا لا يحل
لأحد أخذه لانه صار محظورا بعقد الأمان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة

* باب الحقوق *

قبل كان من حق مسائل هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيوع
الا ان المصنف رح التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب فيما هو من مسائله وهناك هكذا
وقع فكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيلحق ذكرها بعد ذكر مسائل البيوع **قوله** من اشترى
منزلا فقه منزل ذكر ثلاثة اسماء المنزل والبيت والدار وفسره ليثمين ما يترتب على كل
اسم منها من الاحتياج الى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه **قوله** الدار اسم
لما دبر عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه
مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا

(كتاب البيوع — * باب الحقوق *)

فمن اشترى منزلا فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشتره ويصرح بذلك
احدى هذه العبارات الثلاث مثل ان يقول بكل حق هوله او بمرافقة او بكل قليل وكثير
هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت وذكر احدى العبارات الثلاث لم يدخل الاعلى
ومن اشترى دارا بحدودها ولم يذكر شيئا من ذلك دخل فيه العلو والكيف وهذا لان
الدار لما كان اسما لما ادبر عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل
واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتخصيص بذكره
والالكان الشيء تابعا لمثله وهو لا يجوز ولا يشكك بالمستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف
باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ
الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول
الافراد اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاشارة والكتابة ذلك فان
لفظ المعير اعرتك لم يتناول عارية المستعير اصلا لا تبعا ولا اصاله وانما ملك الاشارة لانها
تمليك المنافع ومن ملك شيئا جاز ان يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف
المستعمل حذرا عن وقوع التغير به * والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان احق بتصرف
ما يوصله الى مقصوده وفي كتابته عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة
واما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما اخذ حظا من الجانبين فله شبهه بالدار يدخل العلو
فيه تبعا عند ذكر التوابع وله شبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو
في جميع ذلك اي الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وفيه
نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخلا في الدليل ويتقال معناه ان البيت في عرفنا لا يخلو
عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول
متروكا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكيف وهو المستراح لانه
من توابعه ولا يدخل الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف

والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضي خان رح * وفي المغرب وقول النقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الأبدى كرماد كونا وهو قوله بكل حق هو له عند أبي حنيفة رح لأنه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة لأنه من توابعه فشا به الكيف وقوله ان كان مفتحه في الدار يضعف تعريف قاضي خان للظلة لأنه جعل المفتح في الدار **قوله** ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يذكر إحدى العبارات المذكورة وكذلك الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظر الى الاول ودخل بذكر التوابع اي بقوله كل حق نظر الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل في استيجار الدور والمسيل والشرب في استيجار الاراضي وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذا المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من الدخول تحصيلًا للفائدة المطلوبة منه واما البيع فلتملك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووحيد الضمير لكل واحد وتأويل المذكور وقد يستأجرها ايضا وقد يكون مقصوده التجارة فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة والله اعلم بالصواب

* باب الاستحقاق *

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى **قوله** ومن اشترى جارية فولدت عنه ومن اشترى جارية فولدت عنه لا باستيلاده فاستحقها رجل بينة فانه

(كتاب البيوع — * باب الاستحقاق *)

يأخذها وولدها وان اقر المشتري بها الرجل لم يتبعها ولدها * ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في جق الباس كافة ولهذا اذا اقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها وتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدم بتقدير الضرورة وهي تدفع باثباته بعد الاتصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد * اما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر شاهد له كذا في النهاية نقلا عن التمرقاشي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعام لا * قيل يدخل لتبعيته لها * وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستبدا فلا بد من الحكم له قبل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد راج اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد **قوله** ومن اشترى عبدا فاذا هو حر رجل قال لا خراشترني فاني عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلوا ما ان يكون البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة واما ان يكون غائبا غيبة منقطعة لا بدري اين هو فان كان الاول فليس له على العبد شيء وان كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع * وان لم يقل اشترني او قال ذلك ولم يقل اني عبد ليس على العبد شيء في قولهم * ولن قال ارتهني فاني عبد فوجده حرا لم يرجع المرتهن على العبد بحال اي سواء كان الراهن حاضرا او غائبا غيبة كانت وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما ان يكون بالمعاوضة او بالكفالة وليس شيء منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار

هو الاخبار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية
ولهما ان المشتري اعتمد في شراءه على امره بقوله اشترني واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد
اذ القول قوله في الحرية فحين اقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء
بامر الغير واقراره مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقضي سلامة العوض
جعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا
عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه واحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون
على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد
بظهور حرية اهل الضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر
ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه **قوله** والبيع عقد معاوضة انما صرح به مع كونه معلوما
من قوله ان المشتري شرع في الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن واهتما ما ببيان
اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره
عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاذا فيه لصوص سلبوا امواله
لم يضمن المخبر شيئا لما انه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه
غير مسموم فاكل فظهر بخلافه لكونه تغريبا في غير المعاوضة * واذا عرف هذا ظهر الفرق
بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن
بيد اي الصرف والمسلم فيه واذا اهلك يقع به الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا
برأس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام وان لم يكن معاوضة فلا يجعل الامر به
ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة
ضرب اشكال على قول الشيخين في ح وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض
يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترني فاني عبدا ما ان يدعي الحرية اولا فالاول
تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب ان قول محمد رح فاذا العبد حر يحتدل

(كتاب البيوع — * باب الاستحقاق *)

حرية الاصل والحرية بعناق عارض فان اراد الاول فله وجهان * احدهما ما قاله عامة
المشائخ رحمهم الله ان الدعوى ليس بشرط فيها عند تضمينه تحريرهم فرج الام لان الشهود
في شهادتهم يحتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحرير اخواتها وبناتها
فانه اذا كان حرا الاصل كان فرج الام على مولاة حراما وحرمة الفرج من حقوق
الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة وان لم تكن الدعوى شرطا لم يكن
التناقض مانعا * والثاني ما قاله بعض المشائخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل
ايضا عنده لكنه يعذر في التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفاء
فالتناقض فيه معفو كما يذكر * وان اراد الثاني فله الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض
لا يمنع صحة الدعوى في العتق لئلا ينعى على الخفاء ان المولى يستبد به فربما لا يعلم العبد
اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البيعة على المطلقات الثلاث قبل الخلع فانها تقبل منها
لان الزوج يتفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما يتد بالثلاث لان فيما
دونه امكن ان يقيم الزوج بيعة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته المرأة ببيعتها قبل
يوم اريوسين واما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذلك المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل
الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اتمامتهما البيعة على ما اذعياه
قوله ومن ادعى حقاني دار ومن ادعى حقا مجهولا في دار يد رجل فصالحه الذي
في يده على ما به درهم فاستحققت الدار الا اذا راعا منها لم يرجع بشيء لان للدعوى ان
يقول دعائي في هذا الباقي وان ادعاهما كلها فصالحه على ما به درهم فاستحق منها
شيء يرجع بحسابه ان التوفيق غير ممكن والمائدة كانت بدلا عن كل الدار ولم يسلم فتقسم
المائدة لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل ودلت المسئلة على ان الصالح عن المجهول
على المعلوم جائز لان الجهالة فيها يسقط لا تقضي الى المازعة قالوا ودلت ايضا على
ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصالح لان دعوى الحق في الدار لا تصح

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البيعة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك
فحينئذ تصح وتقبل البيعة والمدا علم بالصواب

* فصل في بيع الفضولي *

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق
لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك
بغير انني فلهذا عين بيع الفضولي * والفضولي بضم الفاء لا غير الفصل الزيادة وقد غلب جمعه
على ما لا خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس
بوكيل وفتح الفاء خطأ **قوله** ومن باع ملك غير ذي غير امره فالملك بالخيار ومن باع ملك
غيره بغير ان له فالملك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك
رح واحمد رح في رواية وقال الشافعي رح في الجديد وهو رواية عن احمد لا يعتد
لانه لم يصدر عن ولايه شرعية لانها بالملك اربان الملك وقد نقدا والم يصدر عن ولاية
شرعية لا يعتد لان الانعة لا يكون الا بالتدرة الشرعية ولما انه تصرف تمليك وقد صدر
من اهله في محله فوجب القول بانعة اذ اما انه تصرف تمليك من قبيل اخافة العام
الى الخاص كعلم النخلة فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك
من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد
بالاسباب الشرعية احكامها فاذالم يقد التصرف التمليك كان لغوا فالجواب ان الحكم
يثبت بقدر دليله وهذا التصرف لما كان موقوفا لم يذ كر اذ كان حكما موقوفا كما ان السبب
البيات اذ احكما باتا وان السبب انما يلغوا اذا خلا عن الحكم فاما اذا تأخر فلا كما في البيع
بشرط الخيار * واما صدوره من الاهل فلان اهلية التصرف بالعقل والبلوغ * واما المحل
فلان محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام المالك للعاقبة في المحل لا تنعدم المالية والتقوم
الا يرى انه اذا باعه باذن المالك جازوا الاذن لا يجعل غير المحل محلا * واما وجوب

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

القول بانعقاده فلان الحكم عند تحقق المقتضي لا يمنع الا مانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين اما المالك فلانه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن واما الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغاء واما المشتري فظاهراً ثبتت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه المنافع فان قيل القدرة بالملك او بالاذن ولم يوجد اجاب عن ذلك منكر ابقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمتصرف في الضرر بل عدم الملك مانع شرعاً لقوله عليه الصلوة والسلام لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذا العجز عن التسليم الا يرى ان بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي في اول كتاب الوكالة قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن عروة قال اخبرنا الحسن عن عروة البارقي رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام اعطاه ديناراً ليشترى به ارضية فاشترى شاتين فباع احداهما ديناراً وجاء بشاة ودينار فدعى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ثراً باربع فيه لا يقال عروة البارقي كان وكيلاً مطلقاً بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمتقول انه عليه الصلوة والسلام امره ان يشتري له ارضية ولو كان لنقل على شئيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولي كبيعته اولا اجيب بان فيه تفصيلاً وهو ان الفضولي ان قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعث فقال الفضولي اشتريت لاجله او قال المالك ابتداء بعث هذا العين لفلان فقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف * وان قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعث او قال

او قال المالك بعث منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضى الغير * وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتيج الى الايقاف على رضى الغير * والى هذا الوجه اشار المصنف رح بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة وقوله وله اي للمالك الاجازة اعلم ان الفضولي اما ان يبيع العين بشئ دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلبي والوزني الموصوف بغير عينه واما ان يبيع بشئ عين * فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان اجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكرنا الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه فكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والشن مملوك للمالك امانته في يد الفضولي * وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة اشياء ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد بان ينقد البائع ما باعه ثمنا لمالكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض الشئ مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لان الشئ اذا كان عرضا صار البائع من وجهه مشتريا والشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكما ان للمالك الفسخ فكذلك الكل من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله ان يتحرز عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخته قبل الاجازة باطل لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه معبر فاذا دبّر نقدا انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لا ينقد باجازه الوارث في الفصلين اي فيما اذا كان الشئ دينيا او عرضا لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازه غيره واستشكل بما اذا تزوجت امة لرجل قد وطئها بغير ان نه فمات المولى قبل الاجازة

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع النضوي)

وورثها ابنه فان النكاح يتوقف على اجازة الابن فان اجاز صح والا فلا فهذه فضولية
وتوقف عملها على اجازة الوارث واجيب بان عدم التوقف لطريان الحل البات
على الحل الموقوف لا يبيطله وههنا لم يطرأ للوارث حل بات تكونها موطوءة الاب فيتوقف
دفع الضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل
نكاحها ولو اجاز المالك في حيوته ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع
في قول ابي يوسف رح لا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابي يوسف رح
وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع
فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجع اذا الاصل
البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن اجيب بان الاستصحاب حجة دافعة لاثبتة
ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعتقد عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة
قوله ومن غصب عبد ابعاه واعتقه المشتري قيل جرت المحاورة في هذه المسئلة بين
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال ابي يوسف رح ما رويت
لك عن ابي حنيفة رح ان العتق جائز وانما رويت لك ان العتق باطل وقال محمد رح
بل رويت ابي ان العتق جائز وصورتهما مذكرة في الكتاب ومن غصب عبد ابعاه
واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز لانه لا يعتق بدون الملك لقوله عليه السلام
لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا ملك ههنا لان الموقوف لا يفيد الملك في الحال وما
ثبت في الاخرة فهو مسند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير مصحح للاعتاق
اذ المصحح له هو الملك الكامل المدلول عليه باطلاق ماروينا ولا يشك بالملكاتب فان اعتاقه
جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه
واستوضح المصنف رح بفروع تونس ذلك وهو قوله ولهذا الا يصح ان يعتق العاصب ثم

ثم يؤدى الضمان وهو راجع الى قوله لانه لا عتق بدون الملك وقوله ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق ينبغي ان يكون كذلك مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق الا يرى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو اسرع نفوذ افلان لا ينفذ غيره اولى وقوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك فيه يثبت موقوفاً ولا اعتاق يجوز ان يثبت موقوفاً على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه ثبت فلوجود المتقضي وهو التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك ولا انتفاء المانع وهو الضرر واما انه موقوف فلما تقدم واما ان الاعتاق يجوز ان يتوقف على ذلك فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقاً في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبد من التركة وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا ائضى الديون بعد ذلك بجامع كونه اعتاقاً في ملك موقوف وهذا ابعد من الاول ذكره المصنف رح للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد رح عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يدعى ان يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب ان لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لما ان كلا من جواز البيع وجواز العتق يحتاج الى الملك والمالك ههنا بلا جازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري *
 من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام
 المصنف روح مضاف أي غير موضوع لإفادة حقيقة الملك لتساوي الكلامان * على أنه
 ليس بواردان البيع لا يحتاج إلى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد وقوله
 بخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار
 ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على أني بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران الشرط
 بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينقصد به أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم
 كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله وقوله وبخلاف المشتري من الغاصب جواب
 عن الثالثة ووجهه ما قال لأن الإجازة يثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك
 موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد
 وفيه بحث من وجهين الأول أن الغاصب إذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب
 جائزا وطرأ الملك الذي يثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي
 اشترى منه وهو موقوف الثاني أن طرأ الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا
 عن الموقوف لأن الدفع أسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك
 المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك واجيب عن الأول بأن ثبوت
 الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى إلى إبطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع
 للموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي والمنع إنما يكون بعد الوجود وما
 المالك إذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فأبطل الموقوف لما ذكرنا
 أن الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لأن ما يكون بعد الوجود
 رفع لا يمنع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلاما في أن طرأ الملك البات يبطل الموقوف
 وليس ملك المالك طاريا حتى يتوجه السؤال وقوله إذا أدى الغاصب الضمان جواب

جواب عن الرابعة وتقريرة اما اذا ادى الغاصب الضمان فلان سلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال رح في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالتق اولي قال المصنف رح وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا يستند للغاصب كما تقدم فكيف يستند لمن يملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عقده وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مال كاله حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد **قوله** فاذا قطعت يد العبد اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب فاخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالا جازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لما منع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالا جازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك البيع اخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي متقرا فيها والكسب والارش والولد لا يملك الا يملك الاصل واعتراض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأة امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر للزوج فاجاز صح التفويض دون التخليق وان ثبت المالكية لهما من حين التفويض حكما للاجازة واجيب عن الاول بان الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب ان يجعل معلقا بالشرط لأسباب من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخرا حكمه الى وقت الاجازة فعند هاتين الملك

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجد من الفضولي معلقا بالاجازة فعند ما يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه اي كون الارش للمشتري حجة على محمد ر ح في عدم تجويزه الاعتاق في الملك الموقوف لما اندلوه لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند اداء الضمان والعذر اي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطابق وقران الشرط به يمنع انعاده كذا في النهاية * وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من العاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد ر ح لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه * وقوله على ما مر اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل لان هذا اقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك يثبت يوم تطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به * وفي الكافي ان لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى توزيع الوجهين

الوجهين في الكتاب على الاعتبارين فان باعه المشتري من آخر يعني ان باع المشتري
من الغاصب من شخص آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا
ان الاجازة ثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره
ابطله ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به
قبل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان
يجز المالك بيعهما وان لا يجز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفوا واجب بان غرر
الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر
يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز نقلنا بالاجواز الموقوف عملا بهما لا يقال الغرر محرم
فيترجح لان الصحة في العقود اصل فعارضته * على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار
المشروك اجماعا وهو ان لا يصح بيع اصلا لاسيما في المنقولات لاحتمال النسخ بعد الانعقاد
بهلاك المبيع قبل القبض واما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه اذ المشتري
الاول لم يملك حتى يطلب مشريا آخر فيتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد
بخلاف الاعتاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانه لا يؤثر فيه الغرر الا يرى
ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح
قوله فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل اي فان لم يبعه المشتري من الغاصب
فمات في يده او قتل ثم اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا
ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لا متناع ايجاب البدل
للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا بقاء البدل لانه لا هلك للمشتري عن القتل ملكا يقابله البدل
لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح ان يكون مقابلا لبدل بخلاف البيع الصحيح فانه
اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينسخ لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب
البدل لدفيكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البدل

(كتاب البيوع - باب الاستحقاق - * فصل في بيع الفضولي)

كان البذل للمشتري **قوله** ومن باع عبد غيره بغير امره رجل باع عبد رجل بغير امره فقال
المشتري ارد البيع لانك بعته بغير امر صاحبه وجحد البائع ذلك فاقام المشتري البينة
ان رب العبد او البائع اقرانه لم يامر البائع ببيعه لا تقبل بيته لانها تبني على صحة الدعوى
فان صحت الدعوى صحت البينة والا فلا وههنا بطلت الدعوى للتناقض لان اقام المشتري
دليل على صحة الشراء وان البائع ملك البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل
على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة
صحتها لقبول البينة وان اقر البائع بذلك اي انه باعه بغير امره بطل البيع ان طلب المشتري
ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا يرى ان من انكر شيئاً ثم اقر به صح اقراره الا ان الاقرار
حجة قاصرة لا يتعدى الى حق الغير فاذا ساعد المشتري على ذلك فتحقق الاتفاق بينهما
فجاز ان ينقض وذكر المصنف رح مسئله الزيادات نقضا على مسئله الجامع الصغير
وتصويرها ما قبل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك
ثم اقام البينة على البائع انه اقربان المبيع لهذا المستحق تقبل بيته وان تناقض في دعواه قال
وفرقوا اي المشائخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه المسئلة اي في
مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالماً له فلا يثبت له حق الرجوع
بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع وفي تلك اي
في مسئله الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالماً للمشتري فيثبت له
حق الرجوع لوجود ان شرطه قيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات
ايضا في ان العبد في يد المشتري ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء
التناقض المبطل للدعوى والاولى ان يقال ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع
قبل البيع في مسئله الجامع الصغير فلم تقبل للتناقض وفي مسئله الزيادات اقام البينة
على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة * قال صاحب النهاية ولم يتضح لي

لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تأملت فيه برهته من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع
الجامع الصغير ممكن لجواز ان يكون المشتري اقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع
بعد م الامر ثم ظهر له ذلك بان قال عدول سمعناه قبل البيع اقرب ذلك ويشهدون به
ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم * والواضح في الفرق ما ذكره المصنف رح على
ما قررنا وما قيل ان التناقض المبطّل للدعوى باق يجاب عنه بان المشتري غير متناقض
من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبذل
المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة وال لزوم بعد الاقرار به من حيث
الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لا يفيد
فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله متناقضا في الفصل الثاني
لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره فكان ذلك عملا بالشبهين بقدر
الامكان فصرنا اليه **قوله** ومن باع دار الرجل قبل معناه باع عرصه غيره بغير امره
وادخلها المشتري في بنائه قيل يعني قبضها وانما قيد بالادخال في البناء اتقا قالم يضمن البائع
اي قيمة الدار عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح آخر اركان يقول ولا يضمن البائع
وهو قول محمد رح وهي مسئلة غصب العقار على ما سيأتي ان شاء الله تعالى

باب السلم

لما فرغ من انواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين او احدهما شرع في بيان
ما يشترط فيه ذلك * وقدّم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض احد العوضين
فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن * وفي اصطلاح
الفقهاء هو اخذ باجل باجل قيل هو بالمعنى اللغوي الا ان في الشرع اقترنت به زيادة
مشرائط ورد بان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسام ولو قيل
بيع اجل بعاجل لاندفع ذلك * وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لآخر

(كتاب البيوع — *باب السلم*)

اسلمت اليك عشرة دراهم في كرحظة او اسلفت فقال الآخر قبلت ويسمى هذا
 رب السلم والآخر المسلم اليه والحظنة المسلم فيه * ولو صدر الاجاب من المسلم اليه
 والقبول من رب السلم صح وشرائط جوازه سنذكر في اثناء كلامه **قوله** السلم عقد
 مشروع بالكتاب السلم عقد مشروع دلّ على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب
 فقوله تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ مَعْنَاهُ اذ اتعاملتم
 بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بان من حق الاجل ان يكون معلوما *
 ووجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه اشهد ان الله احل السلف
 المضمون وانزل فيها اي في السلف على تاويل المداينة اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى
 يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ مَعْنَاهُ اذ اتعاملتم
 بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بان من حق الاجل ان يكون معلوما *
 في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا اذ معناه الواجب في الذمة واما السنة
 فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
 ورخص في السلم والقياس يابى جوازه لانه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه لكن اثر كاه
 بالنص **قوله** وهو جائز في المكيلات والموزونات السلم جائز في المكيلات والموزونات
 لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والوجوب
 ينصرف الى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لامحالة فان قيل من اسلم شرطية وهو لا يقتضى
 الجواز كما في قوله تعالى قل ان كان للرحمين ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل
 قد دل على وجود السلم في الشرع وانما الحديث يستدل به على جوازه في المكيلات
 والموزونات والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا يكون
 متنازل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيها ثم قيل يكون باطلا وقيل ينقذ ببيعائهم مؤجل
 تحصيله لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للمعاني والاول قول عيسى

عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش * وهذا الاختلاف فيما اذا السلم حنطة او غيرها من العروض في الدراهم والدنانير ليتمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على انهما قصد ابدال الحنطة بالدراهم * واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم او في دينار فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجبا في المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان لا يصح تصحيحه لانها لا تكون مشنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما اوجبا فيه فلا يكون صحيحا **قوله** وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها اي وكجواز السلم في المكيلات والموزونات جواز في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتناع الجهالة فجاز الحاقها بهما * وعلى هذا التقرب سقط ما قيل الشيء انما يلحق بغيره دلالة اذا تساوى من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكيل والموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا من الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا او مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قول النبي عليه الصلوة والسلام لا تبع ما ليس عندك فانه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله من اسلم منكم الحديث فبقي ما وراءهما تحت قوله لا تبع فالجواب اننا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لان القران شرط له وهو ليس بموجود سلمنا ذلك لكنه عام مخصوص وهودون القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا في المعدودات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت آحادها كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز السلم فيه الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت فانه قلما يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذا البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده

(كتاب البيوع — باب السلم *)

تفاوتا فاحشاً فصار الضابط في معرفة العددي المتفاوت تفاوتاً في المال بدون
الانواع وهذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله ويؤيد ذلك ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله
أن السلم لا يجوز في بيع النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها أي
في المعدونات المتقاربة عدداً يجوز كيلاً وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلاً لأنه عددي لا كيلى وعنه
أنه لا يجوز عدداً أيضاً لوجود التفاوت في الآحاد ولنا أن المقدار مرة تعرف بالعدو أخرى
بالكيل فامكن الضبط بهما فيكون جائزاً وكونه معدوداً باصطلاحهما فجاز إداره
والاصطلاح على كونه كيلاً **قوله** وكذا في الفلوس عدداً أي يجوز السلم في الفلوس
عددان كره في الجامع الصغير مطلقاً من غير ذكر خلاف لأحد وقيل هذا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله وأما عند محمد رحمه الله لا يجوز لأنها ائتمان والسلم في الائتمان لا يجوز ولهما أن
التمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما إبطالها باصطلاحهما
فإذا بطلت التمنية صارت مشناتين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربوا في مسئلة
بيع الفلوس بالفلسين ومن المشائخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج
إلى الفرق لمحمد رحمه الله بين البيع والسلم وهو أن كون المسلم فيه مشناتين ضرورة جواز السلم
فأقدمهما على السلم تضمن إبطال الاصطلاح في حقهما فعاد مشناتين وليس من ضرورة
جواز البيع كون المبيع مشناتين فبيع الائتمان بعضها ببعض جائز فلا قدم على البيع
لا يتضمن إبطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنهما كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنتين **قوله**
ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخلو ما أن يكون مطلقاً أو موصوفاً والاول لا يجوز
بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافاً للمشافعي رحمه الله يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس
كالابل والسن كالجدع والشي والنوع كالنخت والعراة والصفة كالسمن والهزال
والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فاشبه الثياب وقد ثبت أن النبي عليه الصلوة والسلام أمر
عمر بن العاص أن يشتري بعيراً يعبرين في تجهيز الجيش إلى أجل وأنه عليه الصلوة

الصلوة والسلام استقرض بكر أو قضاة ربا عيا والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا ان
بعد ذكر الاوصاف التي اشترطها الخصم يبقى تفاوت فاحش في الملائمة باعتبار المعاني
الباطنة فقد يكون فرسان متساويين في الاوصاف المذكورة ويزيد ثمن احدهما
زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة المنافية لوضع الاسباب بخلاف الثياب
لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتاً فاحشاً بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير
ببعيرين كان قبل نزول آية الربوا او كان في دار الحرب ولا ريبا بين المسلم والحربي
فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لغزنها
في دار الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتاً في ذمة رسول الله عليه الصلوة والسلام
بدليل انه قضاة من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك **قوله**
وقد صح يجوز ان يكون اشارة الى جواب ما يقال التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة
لا يوجد في العصافير والحمامات التي توكل وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقريره
ان عدم جواز السلم في الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز في الديباج دون العصافير
ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لا يقال النهي
عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بحمل النزاع
لان محمد بن الحسن ذكر في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله عنه رفع
مالاً مضاربة الى زيد بن خليفة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة
فقال ابن مسعود ارد ما لنا لا تسلم اموالنا وهو دليل على انه لم يكن المنع لكونه مطلقاً
لان القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيواناً لا يقال في كلام المصنف رح تسامح لان الدليل
لمذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على
المطلوب بل من حيث جواب الخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة **قوله** ولا في
اطرافه كالرؤس والاكارع ولا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع

(كتاب البيوع — *باب السلم*)

والكراع ما دون الركبة من الدواب والاكراع جمعه لانه عددي متفاوت لا متدبر له ولا في جلوده لانها تباع عددا وهي عديدة فيها الصغير والكبير فيفرض السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم انه يجوز وزن القيدة عددا لان معناه انه عددي فحيث لم يجوز عددا لم يجوزنا بالطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر في الذخيرة وان بين للجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء المنازعة ح ولا في الحطب حزما لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وظاه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جرزا الجسيم مضمومة بعدها راء مفتوحة وزاى وهي التبخمة من الثمت ونحوه للتناوت الا اذا عرف ذلك بيان طول ما يشد به الحزمة انه شبرا وذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت

قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا فحيث وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل او ليس بموجود اصلا او موجودا عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيما بينهما او معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي رح والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا للمالك والشافعي رح له على الرابع وهو دللهم على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى بيد وصلا حها وهو حجة على الشافعي رح فانه عليه الصلوة والسلام شرط لصحته وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما يكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوق الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعترض بانه اذا كان عند العقد موجودا كفي مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدورا التسليم فلا مانع عن الجواز واجيب بان القدرة انما تكون موجودة اذا

اذا بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لومات كان وقت وجوب التسليم عقيب
 وفي ذلك شك ورد بان الحيوة ثابتة فتبقى واجيب بان عدم القدرة على ذلك التقدير
 ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه
 كذلك اجيب بان وجوده كالنصاب وجوده لا كماله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه
 كذلك **قوله** ولو انقطع بعد المحل يعني اسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فاسلم
 صحيح على حاله فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم
 قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كباقي المبيع قبل القبض
 في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة
 وهو باق ببقائها كما بعد الابق * وفي قوله العجز الطارئ على شرف الزوال اشارة
 الى جواب زفر ررح عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم
 وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه ان العجز عن التسليم اذا كان على شرف
 الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسد **قوله**
 ويجوز السلم في السمك المالح السلم في السمك عدد الا يجوز طريا كان او مالحا للثقاوت
 ووزنا ما ان يكون في المالح او الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن
 معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري
 ان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى
 لو كان في بلد لا ينقطع جاز * وروي عن ابي حنيفة ررح انه لا يجوز في لحم الكبار النبي
 تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال * ووجه الرواية الاخرى
 ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالمغارقيل يتال سمك ملبس ومملوح ولا يقال
 مالح الا في لغة ردية وهو المقدد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الرازي * بصرية تزوجت بصريا *
 بطعمها المالح والطريا * لانه مولد لا يؤخذ بلغته قال الامام الزر نوخي كفى بذلك

حجة للفقهاء **قوله** ولاخير في السلم في اللحم خبر نكرة وقعت في سياق النفي ، فيفيد نفي انواع الخبر بعمومه ومعناه لايجوز على وجه المبالغة قال ابو حنيفة رحمه الله لايجوز السلم في اللحم وقالوا اذ اوصف منه موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز لكونه موز ونامعلوماً كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزناً ويجري فيه ربوا الفضل فان قيل لحم الطيور موزون ولايجوز فيه السلم اجاب بقوله لانه لايمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه * وفي تعليقه تأمل لانه ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلاً بيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره * ومن المشائخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقاً وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور وتفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوي وجه التأمل * ولا يبي حنيفة رح طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود الا يرى انه تجرى المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدسيس والنزع فكان المقصود مجهولاً جهلاً بالتقصي الى المازع ولا ترتفع بيان الموضع والوزن * وهذا يقتضي جواز في منزوع العظم وهو مختار محمد بن شجاع * والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلاء وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلاً ولا يدري انه عند المحل على اي صفة تكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا يرتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم جواز في مخلوع العظم وهذا هو الاصح قوله والنضمين بالمثل جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم بالمثل اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض

والقبض يعاين يعني ان الاستقراض حال فيعرف حال المقبوض ولا يفضى الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به **قوله** ولا يجوز السلم الا مؤجلا السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رخص استدل باطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلوة والسلام الى اجل معلوم لما نذكره ولنا قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلما مؤجلا فليسلم الى اجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيد فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيقدر الى اجل معلوم ان كان مؤجلا والجواب ان قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التدبير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور ضرورة تحمله لالضرورة ولا ضرورة في التدبير في الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التدبير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جواز بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم لبيان الاجل فليتأمل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس اذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع لذلك لابدان يثبت على وجه تدفع به حاجة المفاليس والالم يكن مفيدا لما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما ان يكون قادرا على التسليم في الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا رخص فبقي على الثاني وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع المحجوج للمفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرتم

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

لما جاز ممن عنده اكرار حنطة آجيب بان السلم لا يكون الا بادننى الثمنين وهو دليل على عدم وجوبه امر باطن لا يطلع عليه فاقم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر **قوله** ولا يجوز الا باجل معلوم اذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لا بد من كونه معلوما لما روينا وبالمعقول وهو ان الجهالة فيه منقضية الى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة وذلك يؤدى به في بعيدا واختلف في ادنى الاجل فقيل ادناه شهر استدلوا بمسئلة كتاب الايمان حلف ليقضين دينه عاجلا ففضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلثة ايام وهو ما ذكره احمد بن ابي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلث ثمه بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدرو قيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازي والاول اصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها وما ذكرنا من كتاب الايمان **قوله** ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال والذراع فيقضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم المقدار والذراع كذلك او باع بذاك الاناء المجهول القدر يد ايد لا بأس بذلك للحصول الامن من المنازعة وقد مر يعني في اول البيوع ان البيع يد ايد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك لكن لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كما اذا كان من حديد او خرف او خشب او نحوها اما اذا كان مما ينكبس بالكس كالزنبيل بكسر الزاء لان فعلا بفتح الفاء ليس من ابنيهم والجراب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لان فضائه الى المنازعة الا ان ابا يوسف رح استحسنه في قرب الماء وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا اقربة بهذه القرية من ماء للتعامل

قوله ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها وكذا الا يصح السلم في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لان انقطاعه عن ايدي الناس بعروض آفة موهوم فتنتفى القدرة على التسليم اشار الى ذلك قوله عليه السلام حين سئل عن السلم في ثمر فلان اما من ثمر حائط فلان فلا ارأيت لو اذهب الله الثمر لم يستحل احدكم مال اخيه ولا خفاء في كونه منه عليه السلام بيانا بطريق التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها وقوله عليه السلام مال اخيه اراد به رأس المال اي لو لم تحصل الشرة فباي طريق يحل رأس المال للمسلم اليه ولو كانت النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان ان صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمرا ني ببخارا او البساخي بفرغانه جاز العقد فان تعيين الخشمرا ن ليس باعتبار ان يكون الحنطة منه ليس الابل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا بمثل صفة حنطة الخشمرا ن وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا اسلم في حنطة هراة وبين ما اذا اسلم في ثوب هروي في جوار الثاني دون الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذا اتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما تنبت بارض هراة والنابت في غيرها لا ينسب اليها وان كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالاول **قوله** ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رح الا بسبعة شرائط صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند ابي حنيفة رح وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم حنطة او غيرها ونوع معلوم سقية او بخسية او بخسي خلافا للسقي منسوب الى البخس وهي الارض التي يسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء * وصفة معلومة جيدة اوردية ومقدار معلوم عشرين كرا بمكيال معروف او عشرين رطلا * واجل معلوم والاصل في ذلك

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

من المتقول ما روينا من قوله عليه السلام من اسلم منكم النخ ومن المعنى الفقهي ما بينا ان
الجهالة منضية فيه الى النزاع وما المختلف فيه فمعرفة مقدار رأس المال ان كان مما يتوقف
على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له
حمل بفتح الحاء وموئنة ومعناه ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهرا واجرة حمل فهذان
شرطان لصحته عند ابي حنيفة رح وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنه خلا فالحما قالا
في المسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل
المكيل والموزون ثمن المبيع او اجرة في الاجارة واشير اليهما جازوان لم يعرف مقدارهما
فكذا ينبغي ان يكتفى بالاشارة في رأس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان رأس المال
ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه ولا بي حنيفة رح انه ربما يوجد
بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلولم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة
قد رر رأس المال يستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا
وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن
مقدار رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة
بالاتفاق فكذا ما يستلزمها * وقوله او ربما وجه آخر لفساده وهوان المسلم اليه قد يعجز عن تحصيل
المسلم فيه وايس لرب السلم ح الارأس ماله واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك
فان قيل ذلك امر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص اجاب المصنف رح بان الموهوم
في هذا العقد كما لتحقيق لشرعه مع المنا في اذ القياس يخالفه الا يرى انه لو اسلم بمكيل
رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيل وعوده الى الجهالة لا سيما على قول
من اعتبر انى الاجل اكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار للنازل عن الشبهة
لان وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال ان لا يكون كذلك وبعد الوجود
الرد محتمل فقد لا يرد وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد ايضا مجتمعا والمعتبر هي

هي دون النازل عنها فالجواب ما تقدم ان المعني من الموهوم هو ذلك * وتبل بل هذه
 شبهة واحدة لان كلا منها مبني على وجوده زبنا والاول اظهر وقوله بخلاف الثوب
 جواب عما فاساه عليه من الثوب * وتقريرة ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره لان
 الذراع في الثوب المعين صفة ولهذا الوجود زائد اعلى المسمى سلم له الزيادة مجانا
 ولو وجدنا فاصلا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما يتعلق
 العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق * ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن
 ذلك فان البيع والاجارة لا يتسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد
 ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما اذا اسلم مائة في كرحنطة وكرشعير
 ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند ابي حنيفة رح لان المائة تنقسم
 على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس مال
 كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد
 وجدت او اسلم دراهم ودنانير في كرحنطة وقد علم وزن احد هما دون الآخر فانه لا يجوز
 عنده لان مقدار احد هما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز وفي حصة
 الآخر ايضا لا اتحاد الصنفين او لجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة * وقالا
 في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للايناء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان
 كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يراحمه
 مكان آخر لعدم ما يوجهه وما هو كذلك يتعين كقول اوقات الامكان في الاوامر
 فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يراحمه وقد عرف في موضعه وصار كما تعرض
 والغصب في تعيين مكانهما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روي
 عن محمد رح ان المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلمه فله الخيار
 ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعوض بان مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان

مكان آخر كما في بيع العين فان من اشترى كرحنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله
يفسد عقده اشترائها في المصر او خارجته بنجسه او بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان
البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمة المسلم اليه
وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لان فيه قيد الم يذكر
في التعليل ومثله يعد انقطاعا وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء صريح بخالفها
يظهرها وانما فسد في بيع العين لانه قابل الثمن بالمبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة
ولا بي حنيقة رح ان السلم تسليمه غير واجب في الحال لاشترط الاجل بالاتفاق وكل
ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين
للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على طبق سببه والسلم
لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها
يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال ارايت لو عقد اعدا السلم في السفينة في لجة البحر
اكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان
العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لان قيم الاشياء
تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثرفيه الثمن والمسلم اليه
يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان
وعن هذا اي عما ذكرنا ان جهالة المكان كجهالة الوصف قال من قال من المشائخ رحمهم الله
ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة
في احد البدلين وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه
وعندهما يوجه لان تعين المكان قضية العقد اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف
في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل
والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والتسعة وصورة الثمن

الثمن اشترى شيئاً بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده
 وعد هما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول اصح وهو
 اختيار شمس الائمة رح لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات *
 وصورة الاجرة استأجر دار الود اية بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان
 مكان الايفاء عنده خلافاً لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي الدابة يسلم في مكان
 تسليمها وصورة القسمة اقتسام اراواخذ احدهما اكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد
 مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافاً لهما ويتعين
 مكان القسمة **قوله** وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء
 قد تقدم بيان ماله حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة وقيل ما لم يكن له
 حمل ومؤنة وهو الذي لو امر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا * وقيل ما يمكن
 رفعه بيد واحدة وانتقوا على ان بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم
 اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع وبيوع
 الاصل يتعين لانه موضع الالتزام فيرجع على غيره وذكر في الاجارات يوفيه في
 أي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه
قوله ولا وجوب في الحال جواب عما يقال يجوز ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب
 التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب لمتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد
 حيث لا يلزم بنقله ومؤنة ولا يختلف ماله باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد عن
 رب السلم سقوط خطر الطريق ولو عين المصريف ماله حمل ومؤنة يكتفى به لان المصير مع تبين
 اطرافه كبتعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل
 وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة * وقيل هذا اذا لم يكن المصير عظيما فلو كان بين نواحيه
 مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة **قوله** ولا يصح

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

حتى يقبض رأس المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذ لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يفترقا عن غير قبض فاذا افتراقا كذلك ففسد * اما اذا كان رأس المال من التقدير فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن الكالي بالكالي اى لنسيئة بالنسيئة وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بأجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل والمسلم فيه آجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكنالة فانها عقود ثبتت احكامها بمقتضيات اساميتها وهذا وجه الاستحسان والقياس جوازها لان العروض تتعين في العقود فبترك شرط التعجيل لم يود الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب اى ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا اى ولا شرائط القبض فلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما ولا حدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الاعتقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائدته التسخير عند الرؤية والواجب بعقد السلم العين وما اخذه عين فلورد المأخوذ عاد الى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما اخذه ثانيا وثالثا الى ما بهتها هي فاذا لم يفد فائدته لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائدته لان العقد ينسخ عند الرؤية اذ ارد المبيع لانه رد عين ماتنا وله العقد فينسخ قيل فيه شك * احد هما ان الضمير في قوله فيه امان يراد به رأس المال او المسلم فيدل اسبيل الى الاول لان خيار الرؤية ثابت في رأس المال صرح به في التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثاني لانتفاء التقريب لانه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان اجنبيا * والثاني ان المبيع في الاستصناع دين

دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود الى المسلم فيه وذكره
استطرادا ويجوز ان يعود الى رأس المال وهو ان كان ديناً في الذمة يتسلسل ولا يفيد وان كان عيناً
وجب ان لا يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثاني انا لا نسلم ان المعقود عليه في الاستصناع دين
بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه
بتمام الصفقة وتماها بتمام الرضاء وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط
قبل الافتراق فلا يخلو ما ان يكون رأس المال قائماً ولا فان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط
لان ابتداء برأس مال هودين لا يجوز فكذا اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء
اسهل من الابتداء والجواب انه اتفاق في التشكيك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز
خلاف الزفر فرح وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول
فانه ينقلب جائزاً عندنا خلاف الزفر فرح **قوله** وجملة الشروط جمعوها جمع المشائخ جملة
شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته وفي تعجيله
والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان
الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تأجيله يعني الى اجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره
وبيان مكان الايفاء كما مر وفي القدرة على تحصيله وهو ان لا ينقطع كما بينا فان اسلم
مائتي درهم في كرحطة مائة منهما دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين
باطل سواء اطلق المائتين ابتداءً او اضاف العقد في احد لهما الى الدين لفوات القبض ويجوز
في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحاً
اما اذا كان اطلق ثم جعل المائة من رأس المال قصاصاً بالدين فلا اشكال في طروئه
كما لو باع عبد دين ثم مات احد هما قبل القبض كان الباقي مبيعاً بالحصة طارئاً * واما اذا
اضاف الى الدين ابتداءً فكذلك ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح وهذا
لان النقود لا تتعين في العقود اذا كانت عيناً فكذا اذا كانت ديناً فصار الاطلاق والتقييد

سواء الاتري انه لو تباعا عينا بدين ثم تصادقا ان لادين لا يبطل البيع حيث لم يتعين
الدين فينقذ السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي عليه السلام نهى عن الكالى
بالكالى * وقيد بقوله مائة منهما دين على المسلم اليه لان الدين على غيره يوجب شيوع
الفساد لانها ليست بمال في حقهما **قوله** ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه
لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احتراز عن الكالى
بالكالى فلو جاز التصرف فيه بالبيع والهبة والوصية ونحوها فالتصريف وهو معنى قوله
فلما فيه من تقويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصريف
في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا بأس به بعده لان المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري
فرأس المال ان كان مثليا جاز ان يبيع مرا بحة وان كان قيميا لا يجوز الا من
عنده ذلك الثمن ولا يجوز الشركة وهو ان يشترك شخصا آخر في المسلم فيه
ولا التولية وصورتها ظاهرة وانما خصهما بالذكور بعد ما دخل في العموم لانهما اكثر وقوعا
من المراهقة والوصية وقيل احتراز عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقامة
معروف فانه يولي غيره ما تولي فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري
من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ الاسلامك
اورأس مالك يعني حالة البقاء وعند النسخ وهذا نص في ذلك ولانه اخذ شبهها بالمبيع
لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه
لا يصلح لذلك لستوطه بالاقالة فلا بد من جعل رأس المال مبيعا لرد عليه العقد والا
لكان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه ديناً مثل المسلم فيه
واذا امكن ان يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم
فلان يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان اولي واذا ثبت شبهه بالمبيع
والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذلك اما شبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض

قبض رأس المال في المجلس اعتبار الانتهاء بالابتداء أجاب بقوله لأنه أي لأن عقد الإقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لأنه يبيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الأول اشتراطه في الثاني بالضرورة وإذا ثبت التنبيه وهو أن اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكائي بالكائي والمسلم فيه سقط بالإقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يغني عن هذا السؤال لأن رأس المال إذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف رح دفع وهم من عسى يتوهم نظرا إلى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو ابرز ذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقودا عليه حيث لا يجب قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله في أول الكتاب ويجوز بأي لسان كان سوى الثارسية وهي طريقة قوله * ولا عيب فيهم غير أن سيوفهم * بهن فلول من تراعى الكتاب * **قوله** وفيه أي في جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعا خلاف زفر رح هو يقول رأس المال بعد الإقالة صار دينيا في ذمة المسلم اليد فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول **قوله** ومن أسلم في كره فلما حل الاجل رجل أسلم في كره من الحنطة وهوستون قنيزا فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كراوا مررب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه وإن امره أن يقبضه لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفتان بشرط الكيل الأولى صفة المسلم اليه مع بائعه والثانية صفته مع رب السلم فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه الصلوة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر في الفصل المنصل بباب المراهقة والتولية قال فيه ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما بين **قوله** والسلم وإن كان سابقا جواب عما يقال يبيع المسلم اليد مع رب السلم كان سابقا على

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلم يتحقق الصفقة الثانية
 ليدخل تحت النهي * وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق
 وقبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير
 الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى
 فيبقى فيما وراءه كالباع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان
 فلا بد من تكرار الكيل وان كان الكفر قرضا فامر المستقرض المقرض بقبض الكفر ففعل
 جاز لان القرض اعادة ولهذا ينقد بلفظ الاعادة ولو لم تكن اعادة لزمت تملك الشيء بجنسه
 نسبته وهو ربوا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير لازم
 فكان المردود عين المقبوض مطلقا حكما فلا يجتمع صفقتان وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل
 وامر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد **قوله** ومن اسلم في كرفا من رب السلم رجل اسلم
 في كرفا من رب السلم ان يكيه المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو اي رب السلم
 غائب ولم يكن له في غرائره طعام فانه لا يكون قضاء فلو هلك هلك من مال المسلم اليه لان الامر
 بالكيل لم يصادف ملك الامر ان حقه في الدين لا في العين فلا يصح الامر فصار المسلم اليه
 مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه
 كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصرفا بضا ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره
 الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لا محالة
 فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكيلا عنه في امساك الغرائر فبقيت الغرائر
 في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يده المشتري **قوله** الا ترى توضيح لملكه بالبيع
 فانه اذا امره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري وان امر
 ان يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري وليس
 ذلك الا باعتبار صحة الامر وعد مهو صحة موقوفة على الملك فلو لانه ملكه لما صح امره

امره ويجوز ان يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح ولهذا اي ولان الامر قد صح يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لان البائع نائب عنه في الكيل فان قول البائع مسلم فكيف يكون مسلما اجاب بقوله والقبض بالوقوع اي وتحقق القبض بالوقوع في غرائر المشتري فلا يكون مسلما ومسلما * وانما قال في الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفى بكيل واحد تدسكا بظاهر ما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الربوا ولو امر المشتري البائع ان يكيله في غرائر البائع فتعل لم يصير المشتري قابضا لانه استعاره وانه لم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده لان الاستعارة تبرع فلا يتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضا لانه مستعير ولم يقبض **قوله** ولو اجتمع الدين والعين صورته رحل اسلم في كرحضة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره اليه ليبيع الدين اي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يخلو البائع من ان يجعل فيها الاول الدين او العين فان كان الثاني صار المشتري قابضا لهما جميعا اما العين فليست في الامر فيه لمصادقته الملك فكان فعل المأمور كفعل الامر وانه لا يصالح نائبا عن المشتري في القبض كما لو وكله بذلك نصا واجيب بانه ثبت ضمانا وان لم يثبت قصد او اما الدين فلا تصالده بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكن دفع اليه صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار ولا يشكل بالصاغ فان الصيغ والصنع اتصال بملك المستأجر ولم يصير قابضا لان المعقود عليه في الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصير متصلا بالشوب فلا يكون قابضا * وان كان الاول لم يصير قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادقته الملك لان حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المأمور بجعله في الغرائر منصرفا في ملك

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

نفسه فلا يكون فعله كفعل الأمر وما العين فلانه خلط بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند ابي حنيفة ربح فيفسخ العقد فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينقض البيع اجاب بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الأمر به قابضاً هو الذي كان ما دوناً به * وفي عبارة المصنف ربح تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضي به جزماً واستدل بقوله لجواز ان يكون مرادة البداية بالعين فيكون الدليل اعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة الممانعة فكأنه قال ولا نسلم ان هذا الخلط مرضي به وقوله لجواز سند الطبع فاستقام الكلام وعندهما المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عند **قوله** ومن اسلم جارية في كرحضة رجل اسلم جارية في كرحضة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا ماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الاقالة بهلاكها لانهما لوقايلا بعد هلاك الجارية كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقاءه واذ اصح ابتداء صم انتهاء لان البقاء اسهل من الابتداء واذ انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فيجب رد ها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان احد العوضين كان قائماً فلا يرد ما قيل الجارية قد هلك والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدرهم حيث بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح **قوله** ومن اسلم الى رجل درهم في كرحضة اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم * فمن كان متعناً وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلاً وهذا بالاتفاق * ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عنده

عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ القول قول المنكروا^١ وإن أنكر الصحة وعلى هذا إذا سلم رجل في كره حنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت لك رد يا وقال رب السلم لم تشترط شيئاً قال القول قول المسلم اليه لأن رب السلم متعنت في أنكر صحة السلم لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة وكان القول لمن شهد له الظاهر فإنهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهداً للمسلم اليه وقول من شهد له الظاهر أقرب إلى الصدق وفيه بحث لأننا لا نسلم أن المسلم فيه يربو على رأس المال بل الأمر بالعكس فإن النقد القليل خير من النسبة وإن كانت كثيرة سلمناه لكن يربو عليه إذا كان جيداً وما إذا كان ردياً فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحدِيث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وهو باطل لأنه يقتضي أن يكون القول قول المنكروا^٢ وإنكر الصحة والجواب أن الناس مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة وذلك أقوى دليل على ربوا المسلم فيه وإن كان ردياً والاعتبار للمعاني دون الصورة فمنكر الصورة وإن كان منكر الكنه مدعى في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع إذا ادعى رد البديعة وإذا انعكست المسئلة وهو أن يدعي رب السلم الوصف وإنكره المسلم اليه لم يذكره محمد رَحِمَهُ اللهُ في الجامع الصغير والمتأخرون من المشايخ رَحِمَهُمُ اللهُ قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكروا^٣ وإنكر الصحة **قوله** وسنقرره من بعد يريد به ما يذكركه بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لأنها تستعمل للبعيد والمطابق وتقرره ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم اليه متعنت

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لانسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يبيع على رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس اجاب المصنف ر ح بان الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد بان السلم الحال جائز عند الشافعي ر ح واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا يكون الفسخ برد رأس المال معتبراً بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتاً بين الصحابة رضي الله عنهم ان ثبت ذلك و ليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقاً عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول قول رب المال استحقون المضارب متعنتاً في انكاره حقاً له وهو زيادة عشرة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند أبي حنيفة ر ح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد اذا سلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلفا في جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهر الوجهين * احدهما ان الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة * والثاني ان الاقدام على العقد التزام شرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقراراً بالصحة فالمكر بعدة ساع في نقص ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانها اذا فسدت صارت اجارة واذا صحبت كانت شركة فاذا اختلفا للمدعي للصحة مدع لعقد والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافاً ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتبار

اعتبار الاختلاف الموجب للتناقص المردود لو حدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقد واحد اكان الاختلاف فيه انكارا بعد الاترار وهو تناقص فلم يعتبر الانكار وما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقص في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رحمه عن الوحدة بالزوم لانه بالفساد لا يتقلب عقدا آخرون غير هابغير الزوم لا نقلا به عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكك بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب ان لا يعتبر الاختلاف فيكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب ان العذر المذكور كان مبنيا على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل واحد وهما قد وردا على لان رب المال قد اثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف عليه كما اذا شهدا حد الشاهدين بالف والآخر بالف وخمسائة على ما سياتي فيكون النفي والاثبات واردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا الحل مختص بهذا الكتاب وجهه المقتل د موعه **قوله** ويجوز السلم في الثياب السلم في الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرفعة يقال رفعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثخانتة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابر يسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل يقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة وما في الثياب فالوزن ليس بشرط * وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه اشتراط الوزن في الوزاري وما يختلف بالثقل والخفة

قوله ولا يجوز السلم في الجواهر العددي الذي يتفاوت أحاده في المالبية كالجواهر والآتي
والرمان والبطيخ لا يجوز فيه السلم لأفضائه إلى النزاع وفي الذي لا يتفاوت أحاده كالجوز
والبيض جاز إذا كان من جنس واحد وفي صغار المولود التي تباع وزناً يجوز السلم لأنه
مما يعلم بالوزن فلا تنوَب في المالبية ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا اشترط فيه ملبناً
معروفاً لا إذا سمي اللبن صلاً والتفاوت بين لبن ولبن يسير فيكون سائطاً الاعتبار فيلحق بالعددي
المتقارب **قوله** وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه هذه قاعدة كلية تشتمل
جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز وفيه بحث من وجهين * أحدهما أنه عكسها
فقال وما لا تضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل إنسان
حيوان إلى كل ما ليس بإنسان ليس بحيوان * والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع
والأصل ذكر القاعدة أولاً ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الأول أن جواز السلم
يستلزم إمكان ضبط الصفته ومعرفة المقدار بقوله عليه الصلوة والسلام من أسلم منكم
فليسلم في كمال معلوم الحديث وح كان مثل قولنا كل إنسان ناطق وهو ينعكس إلى قولنا
كل ما ليس بإنسان ليس بناطق وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع
أصول الفقه وما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو
الأصل الجامع للفروع المتقدم ولا بأس بالسلم في طست أو قديمة أو خفين أو نحو ذلك
إذا اجتمع فيها شرائط السلم والأفلا خير فيه أي لا يجوز لأن الجواز خير فينتقي **قوله**
وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز الاستصناع هو أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول
اصنع لي شيئاً صورته كذا وقدمه كذا بكذا درهماً ويسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها ولا يسلم وهو
لا يخلو ما إن يكون فيما فيه تعامل وإليه إشارته بقوله شيئاً من ذلك أي مما تقدم من طست
وقمقم وخفين أو لا الثاني لا يجوز قياساً واستحساناً كما سيجيء والأول يجوز استحساناً
والقياس يقتضي عدم جواز ذلك لبيع المعلوم وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم

وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل إليه
 أشار بقوله بغير أجل * وجد الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار
 تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبر والقياس يترك بمثله كدخول الحمام
 ولا يشكل بالمزارة فانه فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند ابي حنيفة رح لان الخلاف
 فيها كان ثابتا في الصدق الاول دون الاستصناع واختلفوا في جواز هل هو بيع او عدة
 والصحيح انه بيع لعدة وهو مذهب عامة مشائخنا رحمهم الله وكان الحاكم الشهيد رح
 يقول هو موعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفر وعا وهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار
 وجه العامة انه سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرجوع وذكر القياس والاستحسان ولانه يجوز
 فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده
 او الخياط ان يخط له قميصا بكراس من عنده والموعدة يجوز في الكل وثبت الخيار لكل
 منهما لا يدل على الموعدة الا يرى انها اذا تباعا عرضا بعرض ولم يركل واحد منهما
 ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز ان يكون
 بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا اجاب بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسي
 للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة بعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت
 موجودة بعذر جواز الصلوة لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل
 موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع
 والمعقود عليه هو الصنع اجاب بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفر وعا
 لان صنعه او من صنعه قبل العقد فاخذه جاز فيه نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه
 يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طالب الصنع وهو العمل وعرض بانه لو كان
 بيعا لما بطل بموت احد المتعاقدين لكنه يبطل بموت احدهما ذكر في جامع قاضي خان رح
 واجيب بان للاستصناع شبهة بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبهها

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

بالبيع من حيث ان المقصود منه العين المستنصع فلشبهه بالا جارة قلنا يبطل بموت احدهما
 ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينافيه القياس والاستحسان واثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب
 تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الصباغ فان
 في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محض اجيب بان الصبغ اصل
 والصبغ آله فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجرو
 ههنا الاصل هو العين المستنصع المملوك للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث
 وصفه الا بالعمل اشبه الاجارة في حكم واحد لا غير ولا يتعين المستنصع الا باختيار
 المستنصع حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستنصع جاز وهذا كله اي كونه بيعا لعدة
 وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعيينه الا باختياره هو الصحيح وهو احتراز
 عما قيل في كل منها على خلاف ذلك **قوله** وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه
 اي المستنصع بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ماله بيرة ومن هو
 كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه
 بائع ماله بيرة ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيعا لعدة
 وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه
 تسليم المعقود عليه الا بضرره وهو قطع الصرم والتلاف الخبط وعن ابي يوسف رح
 انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا اولوا اما المستنصع فلان الصانع اتلف ماله بقطع الصرم
 وغيره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتره بمثله الا يرى
 ان البواعظ اذا استنصع منبرا ولم يأخذه فالعامة لا يشتره اصلا فان قيل الضرر حصل
 برضا فلا يكون معتبرا اجيب بجواز ان يكون الرضا على ظن ان المستنصع مجبور على القبول
 فلما علم اختيارة عدم رضاه فان قيل ذلك بجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام
 اجيب بان خيار المستنصع اختيار بعض المتأخرين من اصحابنا رحمهم الله ولم يجب على

على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس
 بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها لا في حيازة اجتهاد
 جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بحرثم بلغت فان لها
 خيار البلوغ فان سكنت لجهلها بان لها الخيار بطل الخيار لان الجهل في دار الاسلام
 ليس بعذر مع انه ليس من الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز يعني
 الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقدصان ابقاء له على القياس
 السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير اجل في اول المسئلة احتراز عما
 اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل فانه يحكون سلما عند ابي حنيفة رح خلا فلهما
 واما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل
 ما ذكر على سبيل الاستمهال اما المذكور على سبيل الاستعجال مثل ان قال
 على ان تفرغ هذا غدا او بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة
 بالتسليم ويحكى عن الهندواني ان ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو الاستعجال
 فلا يصير به سلما وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار
 سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافة ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقريره
 ان ذكر الاستصناع يقتضي ان لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل
 وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل
 واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول بخلاف
 ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولا يبي حنيفة رح انه دين
 يحتمل السلم وتقريره لان السلم ان اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل ادخله في حيز الاحتمال
 واذا كان محتملا للامرين كان حملا على السلم اولى لان جوازة بالاجماع بلا شبهة
 فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يريد به ان في فعل الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين

(كتاب البيوع — مسائل منشورة *)

في تعاملهم الاستصناع شبهة ولأن السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع
مسائل منشورة

اي هذه مسائل من كتاب البيوع نشرت عن ابوابها ولم تذكر ثمه فاستدركت
بذكرها ههنا **قوله** ويجوز بيع الكلب والنهد والسباع بيع الكلب وكل ذي ناب
من السباع جائز معلما كان او غير معلم في رواية الاصل اما الكلب المعلوم فلا شك في جواز بيعه
لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منفعة شرعا فيكون مالا او ما غير
المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب
عن الدخول في بيته ويخبر عن الجاني بنجاحه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن ابي يوسف راج
ان بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه عليه الصلوة والسلام
نهى عن امساكه وامر بقتله فلما كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد او للماشية
او للزرع وقال الشافعي راج لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلوة والسلام ان من السحت
مهر البغي وثمن الكلب والسحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء
الحاقا بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد ولانه نجس العين بدلالة نجاسة سورة
فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة تشعر به وان المحل
وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتقيا ولنا ان النبي
صلى الله عليه وعلى اله وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهي التي تحرس
المواشي واعترض بان الدليل اخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل
يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب بان ذكره لا بطل شمول العدم
الذي هو مدعى الخصم واما اثبات المدعى فثبت بحديث ذكره في الاسرار برواية عبد الله
بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه قال تضي رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم
في كلب باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الآثار

الأثر من يونس عن ابن وهب عن جريح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبيد الله بن عمر رضي الله عنهم أنه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى * وقيل الاستدلال على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الأول والثاني ملحق به دلالة ولأنه منتفع به حراسة واصطياد الف وشر فكان مالا فيجوز بيعه واعترض بوجهين * أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على ماليتها عنده كالآدمي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال * والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال واجيب عن الأول بأن الانتفاع بمنافع الكلب يقع تبعا لمالك العين لا قصد في المنفعة الا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع مالا يوكل لخدمته وعن الثاني بأن الخنزير محرم العين شرعا تثبت الحرمة في كل جزء وسطا تقوم والاباحة ضرورة الخنزير لا يدل على رفع الحرمة فيما عداها كإباحة لحمه حاله المخمصة * وإذا ثبت أن مناط الحكم الانتفاع ثبت في العهد والنذر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزواجر لا لا ينتفع بها قوله والحديث محمول جواب عن استدلال الشافعي رح بالحديث المروي وتقريره ما روي عن ابراهيم أنه قال روي عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقديم نهى انتسج فانهم كانوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضياف والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز أن يقال الحديث مشترك بالالزام لأنه قال ثمن الكلب والثنن بالحقيقة لا يكون الا في المباحة قوله ولا نسلم نجاسة العين جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان تملكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فمحرم تناول دون البيع كاسرقين

عندنا على ما ينبغي ان شاء الله تعالى **قوله** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير بيع الخمر والخنزير
 للمسلم غير جائز يعني انه باطل وتقدم وقوعهما مبيعاً وثمناً وما يترتب على ذلك
 في البيوع * واستدل بقوله عليه الصلوة والسلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل
 ثمنها قال محمد بن حمر في كتاب الآثار اخبرنا ابو خنيفة رح قال حدثنا محمد بن قيس
 ان رجلاً من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم
 كل عام راوية من خمرنا هدى اليه في العام الذي حرمت راوية، كما كان يهدي فنقل
 رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا
 في خمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي
 عليه الصلوة والسلام يا ابا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها **قوله** واهل
 الذمة في البيعات كالمسلمين قال محمد بن حمر في الاصل لا يجوز بين اهل الذمة الربوا
 ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدايد
 ولا نسيئة ولا الاصراف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل يدايد وكذا كل ما يكال
 او يوزن اذا كان صنفاً واحداً وهم في البيوع بمنزلة اهل الاسلام واستدل المصنف رح
 على ذلك بقوله عليه الصلوة والسلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين
 وعليهم ما على المسلمين ولا نهم مكلثون يعني بالمعاملات بالاتفاق فيحتاجون الى
 ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى
 ولا تحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعاً
 في حقهم كما في حق المسلمين الا في الخمر والخنزير فان عقدهم عليهما كالعقد على العصير
 والشاة في كونهما اموالاً متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل
 على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضر واليه وقال لهم يا هؤلاء انه بلغني
 انكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك لا تفعلوا ذلك

ذلك ولكن ولو اربابها بيعها تم خذوا الثمن منهم **قله** ومن قال لغيره بيع عبدك من فلان صورته ان يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فيجئ آخر ويقول اصاحب العبد بيع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز وياخذ الالف من المشتري وخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضامن والفرق بينهما ما ذكره بناء على الاصل الماران الزيادة في الثمن والمؤمن جميعا جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لفرقوا الشافعي رحمهما الله لانه اي الالتحاق تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئاً بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فصار الفضل في ذلك كبديل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء فجاز اشتراطها على الاجنبي كهو لكن لا بد من تسمية الزيادة لتحقق المقابلة صورة وان فاتت معنى ليخرج عن حيز الحرمة فاذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح واذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سمي من المال والرشوة حرام لا يلتزم بالضمان واعتراض باوجه الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عايد الثاني لو كان خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشتري ويحمل عنه الضامن ولم يتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان اصل الثمن لا يجوز ان يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر الصائب في اصل المسئلة يغني عن هذه الاسئلة والجواب عنها ولا بأس بتكرار ذلك للتحقيق فان ورد السؤال اذا كان لغموض فهم اصل الكلام فجوابه تكراره وذلك انا قد بينا ان فضول الثمن تديستغني عن ان يقابل بالمال جزء فجزء فجاز ان يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البديل كالزيادة في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري ثابتاً بلا بدل

(كتاب البيوع — * مسائل منشورة *)

ومثل ذلك يجوز ان يثبت على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك يطلب ممن التزمه
لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي فلا يتوجه الطلب على المشتري * فظهر الفرق بينه
وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لا بد وان يقابله شيء من المال فلا يكون كالزيادة وح
لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته * وقع
في الكتاب والخمسة مائة بالالف واللام في المضاف دون المضاف اليه * وقيل لاختلاف في امتناعه
وقال ابن عثور بعض الكتاب يميزون ذلك وهو قليل جداً * وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي
ان لا يعتد اخذ الخمسة بل الجري في المضاف اليه على حذف مضاف اي الخمس خمسة مائة
قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى
زوجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح لوجود سبب ولاية الانكاح وهو الملك في الرقبة
على الكمال ومائمه مانع من الجواز لان المانع من التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون
من تصرف ينسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج
يكون قبضاً لان الوطئ لما كان بتسليم من جهة المشتري كان فعله كفعله وان لم يطأها الزوج
فليس اي مجرد التزويج قبضاً استحساناً وفي القياس هو قبض وهو رواية عن ابي يوسف رح
حتى ان هلك بعد ذلك هلك من مال المشتري لان التزويج عيب حكمي حتى
لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يرد ها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار
قابضاً فصار كالا عاق والتدبير والتعيب الحقيقي كقطع اليد وفقاً العين وجه الاستحسان
ان في التعيب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضاً وليس كذلك
في الحكمي فلا يصير قابضاً ولا عاق والتدبير مائة الف للمالكية وانهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء
ومن ضرورته ان يصير قابضاً **قوله** ومن اشترى عبداً فغاب المشتري رجل اشترى متولاً فغاب
المشتري قبل قبض المبيع وقد اشترى وتطلب المانع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى
ذلك حتى يقيم البين فاعلم انهم قد افهموا فلا يخلوا ما ان كانت الغيبة معروفة اولاً فان كان

فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع
ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد واوفى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار
البائع فيظهر على الوجه الذي اقرب به وقد اقرب به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك * وهذا لان العبد
في يده وانتقل قول الانسان فيما في يده فلو ادعى الملك كان مسموعا ولو اقرب به لغيره
كما لا يصح بحكم اليد نكذ اذا اقرب به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه
يتقضى الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالمراهن اذ اقامت فان المرتهن احق
بالمرهون يباع في دينه اذا تعذر الاستيفاء والمشتري اذ اقامت قبل قبض المبيع مفلسا
فان المبيع يباع بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينه البائع لم تقبل لان حقه
لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فيكون البيعة لا ثبات الدين والاثبات
على الغائب ممتنع عندنا وفيه بحث من اوجه * الاول ان اقامة البيعة على الغائب
لا يجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول * الثاني ان القول بجواز البيع
قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه * الثالث ان ذلك ينفي
الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا
وغيره مقبوض فالتميزة بينهما تحكم والجواب عن الاول ان اقامة البيعة كما ذكرنا لنفي
التهمة للقضاء وانما القاضي يقتضي بدو جب اقرار المتر بما في يده وفي ذلك لا يحتاج
الى انكار الخصم وعن الثاني وجهان * احدهما قول بعض المسائلي ان القاضي ينصب
من قبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان
المشتري ليس له ان يتقبضه قبل نقد الثمن فكذلك من يجعل وكيل عنه واجيب بان ذلك
حق البائع وقد يتسامح بتأخيره * والثاني ان البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر
للبائع احياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت تصدا وعن الثالث
ما ذكرنا ان هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده

وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا قبضه فلا يكون ذلك وح ظهر الفرق
واندفع التحكم ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص
يتبع هو اي يتبع البائع المشتري فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فال حاضر
لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فاذا نقده اجبر البائع على قبول نصيب
الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فللحاضر
ان يرجع عليه بما نقده لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند ابخينة
ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ وَقَالَ ابُو يَوْسُفَ رَح لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن
ولو قيل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض الانصبيه مهايلا لا غير * واذا قبض
الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس
على ذلك وكان منطوقا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع
في ذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فليس له القبض ولهما انه مضطرب لانه لا يمكنه
الانتفاع بنصيبه الا باء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس ما بقي
شيء منه والمضطرب يرجع كمعير الرهن فان من اعار شيئا رجلا ليرهنه فرهقه ثم فليس الراهن وهو
المستعير او غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما ادى وان كان ذلك قضاء دين الغير
بغير امره لا اضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما فان قيل لو كان
التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حال حضور الشريك وغيبته فانه لا يتدر
على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب ان الاضطرار في حاله حضوره منقود
لا مكان ان يخاضعه الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد
بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجر ارا فغاب
احدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع
لكونه غير مضطرب في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء

لاستيفاء الاجرة كذا ذكر الامام الترمذي في شرحه وان ثبت له حق الرجوع كان له حق العيب
حتى يستوفي حقه ولو كيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه على ما سيجي **قوله** ومن
اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة رجل اشترى جارية وقال اشتريتها بالف مثقال
ذهب وفضة صحيح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لانه اخاف المثل
اليهم على السواء لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار
يوجب الشركة وليس او اوية لاحدهما على الآخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب
ان يقيد المصنف رحمه الله بالجلود او الرداءة او الوسطلان الناس لا يتبايعون بالثمن فلا بد من
بيان الصفة طعاما للمنازعة ولهذا قيد محمد رحمه الله في الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز
ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت
منك هذه التجارية بالف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الارايين العطف الا انه
يجب من الذهب مثقال خمسمائة مثقال ومن الف درهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة
لانه هو المتعارف في وزن الدرهم وانما قيل ان يقول النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف الى
ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد **قوله** ومن له على رجل آخر عشرة دراهم جرد رجل له
على رجل عشرة دراهم جرد فمضاهه بوفاء الخاض لم يعلم فانتهى الى ملكته فهو قضاء عداية خفيفة
ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرجع عليه بالجلود لان حقه في الوصف
مرعي من حيث الجود كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث القدر فلا ينقص من كسبه
حقه رجوع عليه بمقداره فكذا اذا انقص في كفيته ولا يمكن رعايته بانجاب ضمان الوصف
منفرد لعدم انتكاكه وهدره عند المتابلة بجهته فوجب المصير الى ما قلنا ولا يبي حنيفة
ومحمد رحمه الله ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يتجوز الاستبدال
كالصرف والسلام جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل بالقبض حاصل فلم يبق حقه
الا في الجود وقد اركها منقردة بانجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا انها عند المتابلة

(كتاب البيوع — * مسائل منشورة *)

بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانتكاح ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ هو الاصل والفرض انه من حيث الاصل مستوف فاجاب الضمان باعتبار ايجاب له عليه ولا نظيره في الشرع واعترض بوجهين * احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يقد وهمنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشترى صحح * والثاني ان المقصود الاصلي هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمنى فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفائدة ثمه انما هي للغرماء فكأنه تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا له **قوله** واذا افرخ طير في ارض رجل اذا افرخ طير في ارض رجل ولم يعد هالذ لك لم يملكه فهو لمن اخذه وكذا اذا باع فيها او تكس فيها طير وفي بعض النسخ تكسر فيها طير لانه مباح ستبت يده اليه فيملكه ولانه صيد والصيد لمن اخذه بالحديث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرج من الصيدية كصيد انكسر رجله في ارض انسان فانه لا اخذون صاحب الارض والتكس الستر ومعناه في الاصل دخل في الكناس وهو موضع الظبي ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره احد فهو له والبيض في معنى الصيد لانه اصله ولا ينبغي الجزاء على المحرم بكسره او شبه وقوله وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك اشارة الى انه لو اعد هالذ لك بان حفرها ليقع فيها او بغير ذلك مما يصطاد به كان له فاما اذا لم يعد هالذ فهي كشبكة نصبت للجفاف فيعقل بها صيد فهو لاخذ وكذا اذا دخل الصيد دارة او وقع ماثر من السكر او الدراهم في ثيابها لم يملكه اي يضمه الى نفسه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النحل في ارضه فان الغسل لصاحبها لانه عد من انزاله اي من انزال الارض بتاويل المكان جمع نزل وهي الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان الغسل صار قائما بارضه على وجه القرار فصار تابعا لها كما لشجر النابت فيها والتراب المجمع بجرى ان الماء بخلاف الصيد (كتاب الصرف)

* كتاب الصرف *

قوله الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الائمان وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم في أول السلم وسمي هذا العقد صرفاً لاحتداً لمعنيين إما الحاجة إلى التثقل في بدليه من بدلي بدو الصرف هو النقل والرد لغة وإما لأنه لا يطلب به إلا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد إلا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة إذا التقود لا ينتفع بها بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعم والملبوس والمركوب فلو لم تطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده ما كان فيه فائدة أصلاً فلا يكون مشروعاً وقد دل على مشروعيته قوله تعالى وأحل الله البيع وقوله عليه الصلوة والسلام الذهب بالذهب الحديث وإذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ناسب أن يسمى صرفاً ومنه أي ومن كون الصرف هو الزيادة لغة سميت العبادة النافلة صرفاً قال عليه الصلوة والسلام من اتسمى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً والعدل هو الغرض سمي به لكونه أداء الحق إلى المستحق وشروطه على الأجمال * التناقض قبل الافتراق بدناً * وإن لا يكون فيه خيار * ولا تأجيل وانقسامه ثلثة * بيع الذهب بالذهب * وبيع الفضة بالفضة * وبيع أحدهما بالآخر **قوله** فإن باع رجل فضة بفضة أو ذهبا بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر وأحسن صياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلاً بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في الوصف لقوله عليه الصلوة والسلام جيدها وورد بها سواء وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع في باب الربوا حدث محمد بن يحيى في أول كتاب الصرف في الأصل عن أبي خنيفة ربح عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك رضي الله عنهم قال أوتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه ببناء خسرواني قد أحكمت صياغة فبعثني به لابيعة فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال أما الزيادة فلا **قوله** ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق قبض عوض الصرف قبل

(كتاب الصرف)

الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو ما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام بدايد وقول
 عمر رضي الله عنه وان استظرك ان يدخل بيتك فلا تطره وهو في الدلالة على وجوب القبض
 كما ترى * وبالمعقول وهو ان لا بد من قبض احدهما اخراجا للعقد عن الكائي بالكائي وذلك
 يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة ونفيا لتحقيق الربو وقوله في الكتاب فلا يتحقق الربو
 قبل منصوب بجواب النفي وهو قوله ثم لا بد **قوله** ولان احدهما دليل آخر وتقريره
 ان احد العوضين ليس اولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك
 بين ما كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الآخر لا طلاق
 ما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام بالذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره
قوله ولانه ان كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه
 كائي بكائي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذ لك لتعينه بالتعين وتقريره
 ان المصوغ وان كان يتعين فمعه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقه فيشترط
 قبضه اعتبارا للشبهة في باب الربو فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ
 نسبة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب بالمضروب نسبة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب
 بمصوغ نسبة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلقا ثمنا شبهة عدم التعين وتلك
 الشبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتمدة دون النازل عنها اجيب بان عدم الجواز
 في المضروب نسبة بقوله عليه الصلوة والسلام يدايد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص
 مضاف اليه لا الى العلة فيكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق
 ما يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة او ناما في المجلس او اضمي عليهما
 لا يثقل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فشب معه وقصته
 ما روى عن ابن جبة قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت اننا ندم ارض
 الشام ومعنا الورق النقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فبتاع ورتهم العشرة

العشرة بنسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشترو رقهم بالذهب ولا تفرتهم
حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المفتي اذ ابين جواب ماسئل
عنه لا بأس ان يبين للسائل الطريق المحصل لمتصودة مع التحرز عن الحرام ولا يكون
ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه لو مشيا الى جهتين
يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض رأس مال السلم وقوله
بخلاف خيار المخيرة يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد ان مشي المخيرة مع زوجها
وان كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة
جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء
وهاء على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابه **قوله** فان افترقا
في الصرف متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعني لبقاء العقد فان افترقا قبل قبض
العوضين او احدهما بطل العقد لغوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف من يقول ان القبض
شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما اجيب به بان شرط الجواز
ما يشترط مقارنا لحالة العقد الا ان اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة
غير ممكن من غير تراخ لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فمأثرتنا الجواز
بقبض يوجد في المجلس لان لمجلس العقد حكم حالة العقد كما في الایجاب والقبول
فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كما لموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا
وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى
فيه من التمثل مع حصول المتصود بجعله شرطا للبقاء ولهذا اي ولان الافتراق بلا قبض
مبطل لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الاجل بان يقول اشتريت هذه الدنانير بهذه
الدراهم على اني بالخيار ثلثة ايام او قال الى شهر لان بالخيار لا يمتنع القبض مستحقا
لمنعه الملك وبالاجل ينوت القبض المستحق والفرق بين العبارتين ان في الخيار

(كتاب الصرف)

يتأخر القبض إلى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقاً وفي الاجل ذكر في العقد ما ينال في القبض وذكرنا في الشيء مغوت له كذا قيل فكأنه راجع إلى أن في الأول استحقاق القبض فأتت وفي الثاني القبض المستحق شرعاً فأتت **قوله** إلا إذا اسقط الخيار في المجلس يعني منهما أن كان الخيار لهما أو ممن له ذلك فيعود إلى الجواز لا ارتفاعه قبل تفرره استحساناً خلافاً لفررح وهو القياس وإن اسقط الاجل فكذلك وإن اسقط أحدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رح إن صاحب الاجل إذا اسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح القدر ري لمختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار لأن خيار العيب والرؤية يشبان في الصرف كما في سائر العقود إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العيب لا الدين لأنه لا فائدة في رده بالخيار إذا العقد لا ينسخ برده وإنما يرجع بمثله ويجوز أن يكون المقبوض مثل المردود أو دونه فلا يفيد الرد فأتته **قوله** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز إذا باع ديناراً بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً ففسد البيع في الثوب لغوات القبض المستحق بالعقد حقاً لله تعالى إذا الربوا حرام حقاً لله تعالى والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر رح لأن الدرهم لا تتعين عينا كانت أو دينا فيصرف العقد إلى مطلق الدرهم إذا اطلاق والإضافة إلى بدل الصرف إذا كان سواءً وإنما قال عن زفر رح لأن الظاهر من مذهبه كمنه بذهب العلماء الثلاثة ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لأن الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع ومائمه سوى الثمنين وليس أحدهما أولى بكونه مبيعاً فيجعل كل واحد منهما مبيعاً من وجه وثمنا من وجه وإن كانا ثمنين خلقه وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة واعتبرنا كل واحد منهما ثمناً من وجه ومبيعاً من وجه ضرورة انعقاد البيع وإن كان كل واحد مبيعاً حقيقة قبل أن نسلم عدم الأولوية فإن ما دخله الباء أولى بالثمنية واجب بان ذلك في الائتمان

الاثنان الجمعية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينارا في الذمة
لا في الاثنان الخلقية **قوله** وليس من ضرورة كونه جواب عما يقال لو كان بدل الصرف
مبيعا وجب ان يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعيين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق
وليس بمنع وعرض بان كل واحد منهما لو كان مبيعا لا يشترط قيام الملك فيهما وقت العقد
وليس كذلك فانه لو باع دينار بدرهم وليس في ملكهما فاستقرضا في المجلس واقتراعا عن قبض
صح واجيب بان الدراهم والدنانير حال العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبرنا مثنى بعد العقد
لضرورة العقد فيجعل مثنى بعدة ثمن قبله فلا يشترط وجوده قبله **قوله** ويجوز بيع الذهب
بالفضة مجازفة اذا كان الصرف بخلاف الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة
لكن القبض شرط لقوله عليه الصلوة والسلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وهو والمعقول
المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان
قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط
صحته لان الفضل ح موهوم والموهوم في هذا الباب كالمحقق والنبي عليه الصلوة والسلام
لم يرد الممانلة في علم الله تعالى لانه لا سبيل الى ذلك وانما اراد الممانلة في علم العاقدين
ولم يوجد فان وزنا في المجلس وعلمنا في المجلس تساويهما كان القياس ان لا يجوز لتوقع العقد
فسد افلا ينقلب جائز الكنهم استحسنا جوازها لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال
زفرح اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعدة لان الشرط هو الممانلة
والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في علمهما **قوله** ومن باع
جارية قيمتها الف مثقال فضة الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها
صرفا بما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته
الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترا فالذي نقد ثمن الفضة
لان قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن

(كتاب الصرف)

الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان
بالواجب تفرغاً للذمة كما اذا ترك سجدة صلوتية وسهى ايضاً ثم اتى بسجدة السهو وسلم
تصرف احدى سجدة السهو الى الصلوتية وان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا
لو اشترىها بالنسيئة والغائقة او الفاسدة ثم ان الطوق لان الاجل باطل في الصرف
جائز في بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وحكمه الباع سيفا
محلي بمائة درهم وحليته خمسون ودفن من الثمن خمسين فان دفع ساكتاً عنهما جاز
البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا ان الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح
بذكرهما فكذلك لان الاثنين تدبراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ
والمرجان وانما يخرجان من احد هما فيحمل عليه بقريته الحال وان قال عن ثمن الحلية
خاصة فلا كلام فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم اولا وتفرقا على ذلك
انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة
ولامساواة بعد تصريح قوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتباضا شيئاً حتى افترقا
بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها واما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضر فكذلك
لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افرادة بالبيع كالجذع في السقف وان كان
يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افرادة بالبيع فصارك الطوق
والجارية **قوله** وهذا اذا كانت الفضة المفردة يعنى الثمن ازيد مما فيه اي المبيع تعميم
للكلام لان فرض المسئلة ان الحلية خمسون والثلث مائة فكان ذكره مستغنى عنه
لكنه جعم الكلام لبيان الاقسام الأخرى اربعة الاول ان يكون وزن الفضة المفردة
ازيد من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والزيادة في مقابلة
الغير فلا ينفي الى البر بواو الثاني ان يكون وزن المفردة مثل المنضمة وهو غير جائز
لان الفضل ربوا سواء كان من جنسها او من غير جنسها والثالث ان تكون

تكون المفردة اقل وهو واضح والرابع ان لا يدري مقداره وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لفرز رح فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به حكم بجوازه والجواب ان ما لا يدري يجوز في الواقع ان يكون مثلاً وان يكون اقل وان يكون زائداً فان كان زائداً جاز والافسد فتعد جهة الفساد فترجحت واعترض بان كل جهة منهما علة للفساد فلا تصلح للترجيح واجاب شمس الائمة الكردي رح بان مراده انه اذا كان احدهما يكفي للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما تلحق الشبهة فيه بالحقيقة **قوله** ومن باع اثناء فضة ثم افترقا ومن باع اثناء فضة بفضة او بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الاثناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح اي بقي صحيحا في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على ان القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفة وذلك فاسد لان تفريق الصفة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفة **قوله** ولو استحق بعض الاثناء اي ولو استحق بعض الاثناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الاثناء تعيب بعيب الشركة اذ الشركة في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لا تنقاصها بالنعيب وكان ذلك بغير صنعه فيختبر بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض **قوله** ومن باع قطعة نقرة المراد من النقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب او فضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعض لا يضره بخلاف الاثناء **قوله** ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل

كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا اذا باع كرسعير وكري
 حنطة بكري شعير وكرحنطة والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها
 الصفة وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة بصرف كل جنس منها الى خلاف
 جنسها عند العلماء الثلاثة تصحيحا للعقد خلافا لهما قالان في الصرف الى خلاف الجنس
 تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على
 التعيين ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر والدليل
 على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى فلباي سوارا بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرا بحة
 لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه مع
 عبد آخر قبل نقد الثمن بالف وخمسائة لا يجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه
 بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبدة وعبدة غيرة فقال بعتك احدهما لا يجوز
 وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبدة وكذا اذا باع درهما وثوباً بدرهم وثوب فافترا
 من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا
 ان قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز
 ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الارادة فينبغي ان يكون
 مراد * اما انه جائز الارادة فلان كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كرحنطة
 بكريها فسد لان الكر قابل الكر وفضل الآخر * واما وجوب ان يكون مراد افلا نه طريق
 متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ولئن منع تعينه لذلك با مكان ان يكون درهم
 من الدرهمين بمقابلة درهم والآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة
 الدينار الآخر فلنا هذا غلطاً لاننا ما اردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على
 اي وجه كان على ان فيما ذكرتم تغييرات كثيرة وما هو اقل تغييرا متعين والجواب
 من قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال فيه تغيير وصفه

وصف التصرف او اصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع من الجواز والثاني ممنوع لان موجبه
 لاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باقٍ على حاله لم يتغير وصار هذا كما
 ذاباع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحیحاً لتصرفه وان كان
 في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى معين لما كان اصل التصرف وهو ثبوت
 الملك في النصف باقياً * ثم اجاب عن المسائل المستشهد بها * اما الاولى اعني مسئلة المراجعة
 فبقوله لانه بصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخلو من ان يكون
 مراده انه تغيير في الاصل او غير ذلك فان كان الثاني فلم يبينه وان كان الاول فهو
 ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير
 للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز ان يقال ان ذلك في المساومة اما اذا
 صرحا بذكر المراجعة فالتغيير الى التولية في اصل العقد لا في وصفه واما الثانية فبقوله والطريق
 في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وقد تقدمت
 هذه المسئلة في شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف البيع الى
 المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشيء لا يتناول ضده واما في الاخيرة فان العقد
 قد انعقد صحیحاً وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف
 الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح **قوله** ومن باع احد عشر
 درهما بعشرة دراهم ودينار المسئلة المتقدمه كان البدلان فيها جنسين من الاموال الربوية
 وفي هذه احد هما وهي صحیحة كالاولى وتكون العشرة بشلها والدينار بدرهم لان شرط
 الصرف التماثل لما رويناه من الحديث المشهور وهو موجود ظاهراً اذا ظاهر من حال
 البائع ارادة هذا النوع من المقابلة حملاً على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائر
 بدون الفاسد **قوله** ولو تباعا فضة بفضة ولو باع عشرة دراهم وشها معه بخمسة عشر درهما
 فاما ان يكون مما له قيمة او لا والاول اما ان يبلغ بقية الفضة ولا فان كان مما لا قيمة له

(كتاب الصرف)

كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها عوض فيتحقق الربوا وان كانت قيمته
تبلغ الفضة كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف
من زبيب او جوزة او بيضة * والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربوا فيصير كبيع العينة
في اخذ الزيادة بالحملة * واما لانه يفضي الى ان يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز
فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم يذكر فيها الكراهة اجيب بانه
انما لم يذكره لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزائد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار
تبلغ الدرهم ولا تزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم
والحق ان السؤال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط ربوا الفضل وهو لا يتحقق
في المسئلة المتقدمة لان فيها الظاهر من حالهما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان
ارادة المبادلة بين حفنة من زبيب وفضة زائدة ليست بظاهرة **قوله** ومن كان له على آخر
عشرة دراهم مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا
او مقارنا ولاحقا فان كان سابقا وقد اضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم
فباعه الذي عليه العشرة دينار بال عشرة الذي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط العشرة عن ذمة
من هو عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف
يشترط قبض احد العوضين احترازا عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الآخر احترازا
من الربوا وذلك لان قبض احد البدلين حصل الامن من خطر الهلاك فلو لم يقبض
الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي فيلزم الربوا وهذا معدوم
فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له
خطر الهلاك وحاصله ان تعيين احد البدلين بعد قبض الآخر لا احترازا عن الربوا ولا ربوا
في دين يسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبه وان كان مقارنا بان اطلق العقد ولم يضاف
الى العشرة الذي عليه ودفع الدينار فاما ان يتقاصا ولا فان كان الثاني لم تقع المقاصة

المقاصة ما لم يتقاص بالاجماع وان كان الاول جاز و وقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر راجح لانه استبدال يبدل الصرف وهو لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق لقوله عليه الصلوة والسلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقداما على المقاصة بتراضيهما لا بدئمه من تصحيح ولا صحة لهما مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لو لا ذلك كان استبدال الابدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لان لهما فسخ اصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء اصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمس مائة وفيه بحث من اوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا اضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي واذا ثبت الفسخ المقتضي بطل المقتضي وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الاقالة لان الاقالة تصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما اشار اليه المصنف راجح بقوله وفي الاضافة الى الدين يعنى المعهود يقع المقاصة بنفس العقد على ما نبهه وعن الثاني بان المقاصة يقتضي قيام العقد وهو موجود لانهما لما ابطلا عقد الصرف صار اكانهما عقدا عقدا جديدا فتصح المقاصة به وعن الثالث بان الاقالة ضمنية تثبت في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت لمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر راجح حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين له وجه القياس فان قيل لم ترك المصنف راجح الاستدلال بحد يث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روي انه

(كتاب الصرف)

قال لرسول الله عليه الصلوة والسلام اني اكرمي ابلا بالبيع الى مكة بالدرهم
وأخذ مكا نهاد ثابرا وقال بالعكس فقال عليه الصلوة والسلام لا بأس بذلك اذا
افترقنا وليس بينكما عمل فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انهما
كما يضيفان العقد الى الدين الاول او الى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلتزمه زفرح
وان كان لاحق بان اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان مشري الدينار
باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم اراد ان يتقاصا فيه روايتان في رواية ابي سليمان
وهي التي اختارها فخر الاسلام وقال المصنف رح في اصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية
ابي حفص واختارها شمس الائمة وقاضي خان لا تقع المقاصة لان الدين لاحق والنبي
عليه الصلوة والسلام جوز المقاصة في دين سابق لحديث ابن عمر رضي الله عنهما
ووجه الاصح ان قصد هما المقاصة تضمن انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت
تحويل العقد فيكون الدين ح سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال
الاول وهو ليس بدافع كما ترى الا اذا اضيف ان القياس يقتضي ان لا تقع المقاصة
بين العين والدين اصلا لعدم المجانسة الا انه استحسّن ذلك بالاثر ويقوي هذا الوجه
ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالطلق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة
اذا اضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الاول والالكان
الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي
عقد واحد فاذا اضيف الى الدين السابق تجانسا واذا اضيف الى دين مقارن
عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينها وبين الدين المقارن
وهذا اوضح **قوله** ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة الغلة من الدراهم هي المقطعة التي
في القطعة منها تبراطا وطسوج او حبة فيرد هابيت المال لانها يفتها بل لكونها قطعاً وبأخذها
انتجار وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المتقضي وانتفاء

وانتفاء المانع أما الاول فلصدوره عن اهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلان المانع ان صورهما فهو الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقلبة بالجنس **قوله** واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الاصل ان النقود لا يخلو عن قليل غش خلقة او عادة فالاول كما في الردي والثاني ما يخلط للانطباع فانها بدونه يتقت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الذهب والفضة ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجباد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الامتساويا في الوزن وان كان الغالب عليهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدري فالبيع فاسد * وان كان اكثر صم وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصفر **قوله** ولكنه صرف جواب عما يقال اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس لم يكن صرفا فلا يكون التقابض شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف الجنس ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى بقية العقد فيما وراء ذلك صرفا واشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرره وهذا يشير الى ان الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف رح ومشا ئخنا رحمهم الله يريد به علماء ما وراء النهر لم يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالي والغطارفة اي الدراهم العطرية وهي المنسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد * وقيل هو خال هرون الرشيد لانها اعز الاموال في ديارنا فلما بيع التفاضل فيها اي لو ائني باباحتها تدرجوا الى الفضة والذهب بالقياس * ثم المعتبر في المعاملات بهما المعتاد فان كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيهما بالوزن

وان كانت تروج بالعد فهما بالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوفا عليهما ثم هي مادامت تروج تكون اثما لا تتعين بالتعيين فان هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله واذا كانت لا تروج فهي سلعۃ تتعين بالتعيين كالرصاص والستوفۃ فيبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان لم يعلموا ولم يعلم احدهما او علما ولكن لا يعلم كل منهما ان صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس دون المشار اليه وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزبوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زبوا فان علم البائع خاصة لانه رضي بجنس الزبوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجيد لعدم الرضاء منه بالزبوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند البيحينة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند ابي يوسف رح قيمتها يوم البيع وعند محمد رح آخر ما تعامل الناس بها والمصنف رح فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه في كل البلاد او في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلد ان لانه ح يصير هالكا ويبقى البيع بلائصن واما اذا كانت لا تروج في هذه البلدة وتروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال اعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنائير قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد رح واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد رح لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا لهما ان العقد قد صح لموجود ركنه في محله من غير مانع شرعي الا انه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد

الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد قال ابو يوسف رح وجبت القيمة
 يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد رح قيمة يوم الانقطاع اي الكساد لانه انتقل
 الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولا يحسن رح ان الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم
 التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل واذا
 بطل الثمنية بقي بيعا بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو
 مقدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها مادامت رائجة فهي تثبت
 ديناً في الذمة وبالكساد يعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الغلوس والدراهم
 المغشوشة التي غلب غشها كصفة الملبية في الاعيان ولوانعدمت المالبية بهلاك المبيع
 قبل القبض او تخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب ان الرطب
 مرجو الوصول في العام الثاني غالباً فلم يكن هلاكاً من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير
 بين الفسخ والصبر الى ان يحصل اما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها
 فهلاك الثمنية على وجه لا يرجي الوصول الي ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد
 اصلي والشئ اذا رجع الى اصله قلماً ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع
 مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع اصلاً * وان كان مقبوضاً فان كان قائماً وجب رده بعينه *
 وان كان هالكا او مستهلكاً فان كان مثلياً وجب رد مثله * وان كان قيسياً وجب رد قيمته
 كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن ايدي الناس كذلك
 واليه اشار المصنف رح بقوله وعند محمد رح يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد
 واما اذا غلبت بازدياد القيمة او نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله
 ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع **قوله** ويجوز البيع بالغلوس
 البيع بالغلوس جائز لانه مال معلوم اي معلوم قدره ووصفه وانما قال كذلك اشارة الى وجوب
 بيان المقدار والوصف او الاشارة اليه ثم انها اما ان يكون نافقة او كاسدة حالة العقد

فإن كان الأول جاز البيع وإن لم يعين لأنها ائتمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين ذلك ودفع مثله وإن هلك ذلك لم ينفسخ العقد وإن كان الثاني فلا بد لجواز البيع بهما من التعيين لأنها سلع وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عندا يحنيفة ربح بطل البيع خلافا لهما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالف لما في المبسوط والأسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة وذكرنا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف إلا ما نقل عن الأسرار وهو ما قيل فيه إذا اشترى شيئاً بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر ربح لا يبطل لأنه ليس تحت الكساد إلا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البديل كما لو ابق العبد وكما لو أسلم في الرطب فانتطع أو أنه وهذا بظاهر قوله عندنا وإن دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر ربح يمنع لأنه دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قال الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسداً ههنا يفضي إلى التحكم إلا إذا ظهر معنى نقهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك **قوله** ولو استقرض فلوساً نافقة فكسدت إذا استقرض فلوساً فكسدت يجب عليه رد مثلها عندا يحنيفة ربح لأنه أي استقرض المثلتي إعاره كما أن إعارته فرض وموجب استقرض المثلتي رد عينه معنى وبالنظر إلى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضاً والانتفاع به إنما يكون بالتلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة لأنه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجسسه نسبية وهو لا يجوز فإن قيل كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وإنما كان بمعنى العين أن لورد مثله حال كونه نافقاً أجاب المصنف ربح بأن الثمنية فضل فيدأي في القرض إذا القرض لا يختص به أي بمعنى الثمنية ومعناه

معناه ان الثمنية ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازم من لوازمه فجاز ان ينفك القرض
عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال الا يرى ان الاستقراض
جائز في كل مكيل وموزون او عدد ذي متقارب والكساد لم يخرج من كونه من ذوات الامثال
خلاف البيع لان دخولها في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه
ان المثل المجرد عن الثمنية اقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها مادام ممكنا وعند هذا
يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردّها كما قبض وليس المثل المجرد عنها
في معناها فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فالتقطع لكن عند ابي يوسف ربح يوم القبض
وعند محمد ربح يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف يعني بين ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله في من غصب مثليا فالتقطع فعند ابي يوسف ربح تجب القيمة يوم الغصب
وعند محمد ربح يوم الانقطاع وسيجيء وقول محمد ربح انظر للمقرض والمستقرض لان
على قول ابي حنيفة ربح يجب رد المثل وهو كساد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابي يوسف ربح
تجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض اكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو
ضرر بالمستقرض فكان قول محمد ربح انظر للجانبين وقول ابي يوسف ربح ايسر لان قيمة
يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشبه على الناس
ويختلفون فيها فكان قوله ايسر **قوله** ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز رجل قال
اشتريت هذا بنصف درهم فلوس يعني ان ذلك النصف من الدرهم فلوس لا نفقة وذلك
معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال
بدانق فلوس وهو سدس درهم او قيراط فلوس جاز وقال زفر ربح لا يجوز لانه اشترى
بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة وذكرها لا يعني
عن بيان العدد فيبقى الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز فلنا فرض المسئلة فيما اذا كان
ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد كان مغنيا عن ذكر العدد واذا

(كتاب الصرف)

زاد على الدرهم جوزه ابو يوسف رح بناء على كونه معلوما وقصل محمد رح بين مادون
الدرهم وما فوقه فجوز في مادون الدرهم خاصة لان في العادة المبايعة بالفلوس فيسا
دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذا لك الدرهم قالوا ولا يصح
قول ابي يوسف رح لاسيما في ديارنا بناء على عدم المنازعة لكونه معلوما ولا شراك العرف
قوله ومن اعطى صيرفا درهمي هذه ثلث مسائل * الاولى ان يعطي درهما كبيرا ويقول
اعطني بنصفه فلوسا ونصفه نصف ابي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير الا حبة جاز البيع
في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز
وقابل النصف بنصف الحبة وهوربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رح بطل
في الكل لاتحاد الصنف وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جع بين حرو عبد
وباعهما صنفة واحدة وعبرة الكتاب تدل على اندلا نص عن ابي حنيفة رح * والثانية
ان يكرر انظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالا جماع
لانهما عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو قال بعني بنصف هذا الالف عبدا
وبنصفها دنا من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرق
الصنفه وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليمني والشيخ الامام
شيخ الاسلام رحمهم الله ان العقد لا يصح ههنا ايضا وان كرر انظ الاعطاء لاتحاد الصنفه فان قوله
اعطني مساومة وبتكرارها لا يتكرار البيع وهذا لان بذكر المساومة لا ينعقد البيع فان من قال
بعني فقال بعث لا ينعقد البيع ما لم يقل الاخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة
فكيف يتكرر بتكرارها * قيل والاوّل هو الصحيح وهو اختيار المصنف رح * والثالثة ان يقول
اعطني نصف درهم فلوس وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الا حبة جاز والفرق
بينها وبين الاولى انه لم يتكرر المنظ بنصفه بل قابل الدرهم بمبايع من الفلوس بنصف
درهم ونصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله والباقي بازاء الفلوس قال

قال المصنف رح وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية اراد قوله اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الاحبة وهي الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة في اكثر نسخ المختصر قال ابو نصر الا قطع في شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ

* كتاب الكفالة *

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالباً ولا نها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة والكفالة في اللغة هو انضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الي نفسه وقوى بتشديد الغاء ونصب زكريا اي جعله كافلاً لها وضاملاً لها * وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما سيجي ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واجيب بان رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم الدينين وما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم الدينين **قوله** الكفالة ضربان الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقباني مثله لا يتقاد له ليسلمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعاً اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامر فلان امره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه ليسلمه كما ان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية لئلا يودي المال من مال المكفول عند بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الزعيم غارم اي الكفيل ضامن * ووجه

(كتاب الكفالة)

الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيهما الا يقال هو مشترك الالزام لانه عليه السلام حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم على شيء ينبى من لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يضر به **قوله** ولانه يقدر على تسليمه جواب عما قاله الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه * وتقريره ان لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه وقوله اذ لا قدرة له على نفس المكفول به ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دلياله **قوله** والحاجة ماسة استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الاعتنا وعنادا **قوله** وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الاناظر المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان او بجسده او ببدنه وقسم يعبر به عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته فان كلا منها مخصوص ببعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمل بطريق العرف * وكذا اذا عبر بجزء شائع كنصف او ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وكذا ينعقد اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه الصلوة والسلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي والكل هو اليتيم والعيال من يعوله اي ينفق عليه ويجوز ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال انا زعيم به لان الزعامة هي

هي الكفالة وقد رويناه في او قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة
 بخلاف ما اذا قال انا ضامن بمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى
 انه اذا قال انا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف ربح وعلى هذا
 معاملة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه
 في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل
 في حبسه لعله ما درى لما يدعى فاذا علم ذلك وامتنع فلما ان يكون لعجز او مع قدرة *
 فان كان الثاني حبسه الحاكم * وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه اولا * فان كان الاول امهله
 الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقيق امتناعه عن ايفاء الحق *
 وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافقه على ذلك اولا * فان كان الاول سقطت المطالبة
 عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال * وان كان
 الثاني نقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة
 يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل
 بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له * وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول
 قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه * وقال بعضهم
 لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة
 عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا
 امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا لما ثبت بالبينة بالثابت معاينة **قوله** واذا احضره
 وسلمه في مكان اذا احضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصم فيه مثل
 ان يكون في مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في
 مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الامرة واحدة وقد حصل ذلك
 بما قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود

وهو القدرة على المحاكمة * وقال شمس الأئمة السرخسي المتأخرون من مشائخنا رحمهم الله قالوا هذان بناء على عاداتهم في ذلك الوقت أما في زماننا إذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرء بالتسليم في غير ذلك المجلس لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد لا على الاحضار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وإن سلمه في براءة لم يبرء لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا إذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وإن سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رجح القدرة على المخاصمة فيه وعند هذا لا يبرء لأنه قد يكون شهودة فيما عينه يتوهم أن يكون في الذي سلمه فيه فتعارض الوهمان وبقي التسليم متحققاً من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرء وهذا الآن المعتبر تمكنه من أن يحضره مجلس القاضي أما ليثبت الحق عليه أولاً خذ منه كفيلاً وقد حصل * وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فإن أبا حنيفة رجح كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله عليه الصلاة والسلام لأهله بالصدق فكانت الغلبة لأهل الصلاح والقضاة لا يبرغبون إلى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لأمر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم إليه في ذلك المصر أو في مصر آخر * ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رحمه الله فظهر الفساد والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة فقيداً التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعاً للضرر من الطالب ولو سلمه في السجن فإن كان الحابس هو الطالب برئ * وإن كان غيره لم يبرء لأنه لا يقدّر على المحاكمة فيه * وذكر في الوقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عاجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لأنه حال ما كفل قادر على الاتيان به **قوله** وإذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به * وموتهما أو موت أحدهما مسقط لهما * أما إذا مات المكفول به فلان الكفيل عاجز

عجز عن احضاره ولا نه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل * واما اذا مات
الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول به بنفسه لا محالة فان قيل فليؤدي الدين من ماله
اجاب بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول
له لا اصاله وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا نيا به لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل
بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال
ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على المكفول عنه
اذا كانت الكفالة بامر كفا في حالة الحيوة واذا مات المكفول له فللوصي ان يطالب
الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فلوارثه ان يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت
قوله ومن كفل بنفس آخر بالاضافة ولم يقل اذا دفعت اليك فانما بريء فدفعت اليه
فهو بريء لانه يعني البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس
موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيب على الموجب عند حصول الموجب
ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكحل
الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجه وكذا في سائر الموجبات وقال
في النهاية لانه موجب التصرف اي لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف
الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها صريحا وليس بشي لان
الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيب لا دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه
ابوالليث رح في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا النقي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه
وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم استوف حقي من المطلوب
لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد اوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد
التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الديون لان الكفيل تبرأ نفسه بايفاء
عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك ابناء لحق نفسه

فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن كفالته
اي كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برأ الكفيل وصار تسليم
الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل
اذ اطولب به فهو يبرأ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة
فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة
الكفيل فماله يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا
فما ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة اي لان المكفول به مطالب بالخصومة
فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا وفيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه
عن الكفيل ليرأ به لان ثمة جهة اخرى كما بينا ولانه يستلزم ان يبرأ الكفيل وان لم يقل
عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله
لقيامهما مقامه كتسليمه **قوله** فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا رجل
قال ان لم اواف بفلان الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره في الوقت المذكور
ضمن المال ووافاه اي اتاه من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه لو لم يتلذذ لم يلزم الكفيل شيء
عند عدم الموافاة على قول محمد راجح خلافا لهما وبقوله وهو الف وهو غير مفيد لانه اذا قال
فعلي مالكم عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها
على التوسع وهذا الوفاة كفلت لك بما ادركك في هذه التجارة التي اشتريتها من درك
صحت وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع انها لم تعلم هل تبلغ النفس او لا ثم الحكم
في هذه المسئلة شيان * احدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رح * والثاني عدم بطلان
الكفالة بالنفس عند اداء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول
قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا ظاهر لنصريحه
بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط

شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة بالمال بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق
 ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه *
 وتقريرة ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقاً للمكفول له لا يبطل الابما ينافيها من تسليم او ابراء
 او موت وليست الكفالة بالمال منافية لها الاجتماعاً عليهما ولان كل واحد منهما للتوثق فلا يبطلها
 وكيف يبطلها وقد يكون له عليه مطالبات اخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له
 وهو مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البديل
 ينافي المبدل منه كما في خصال الكفارة واجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما
 مشروع للتوثق كما مر كالـ كفالة بالنفس بعد مثلها وبان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما
 اذا كان واجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح * وقال الشافعي رح هذه الكفالة
 اي المعلقة بالشرط لا تصح لانه اي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع
 في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامررة وتعلق سبب وجوب المال
 في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب اذا لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر
 لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكنه اشبه البيع مطلقاً ومن وجه
 والاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لانه يشبه البيع من وجه كما مر ويشبه النذر
 من حيث الالتزام * فاشبه البيع يقتضي ان لا يجوز التعليق بالشروط كلها * وشبه النذر يقتضي
 جواز ذلك واعمال الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الرعي
 ونحوه ويصح بشرط متعارف عملاً بهما والتعليق بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا
 تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس ووعبتهم في ذلك اكثر من رغبتهم في مجرد
 الكفالة بالنفس **قوله** ومن كفل بنفس رجل ومن كفل بنفس وقال ان لم اواف به
 غدا فعلي المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه
 مسألة الجامع الصغير فهي وان وافقت مسألة القدوري المذكورة فان في كل منهما

(كتاب الكفالة)

وجوب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها عدمها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها
 بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهو ان الكفالة بالنفس
 اذا سقطت وجب ان يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالنوكد لها ليست
 مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالابراء
 فيجب ان يسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ
 بموت المكفول به والا لزم ان يكون ما فرضناه تأكيد للغير مقصودا بالذات وذلك
 خلف باطل واجاب الامام ظهر الدين ربح في فوائد بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت
 لم يوضع له فبالابراء تنفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة
 بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به
 تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول
 بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس متحقق
 هذا ما ذكره ولا يلزم صيرورة التأكيد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تأكيد
 كما كان فان قيل اذن ينضرر الكفيل وهو مد فوع فلنا الالتزام منه غير مد فوع وقد التزم
 حيث يتيقن باحتيال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء ظاهرا منه ان بالموت تنفسخ
 الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها فلنا دعوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم واف
 فلا يفيد في اضرار غيره **قوله** ومن ادعى على آخر مائة دينار ومن ادعى على آخر مائة
 دينار وبينها بانها جيدة او ردية هندية او مصرية او لم بينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان
 لم يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف ربح
 آخر او قال محمد ربح ان لم بينها حتى تكفل ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة
 لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك بوجهين * احدهما
 ان الكفيل علق في كفالته ما لا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسب اليه ما عليه بامر من رد قد

قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافقة بالمدعى عليه غدا فلا تصح الكفالة على هذا الوجه وأن بينها لا حتمال أنه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة لترك المدعى عليه في الحال وهذا الوجه منسوب إلى الشيخ الإمام أبي المنصور لما تربيدي رح وهو كما ترى يقتضي أن لا تصح الكفالة وأن بين المال وبينه صرح المصنف رح والثاني أن الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وح لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما يبتنى عليها وهذا منسوب إلى الشيخ الإمام أبي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة إذا كان المال معلوما عند الدعوى ولهما أن المال ذكر معرفا لأنه قال فعلى المائة فينصرف إلى ما عليه ويكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الأولى وهذه النكتة في مقابلة النكتة الأولى لمحمد رح وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقديره أن المال إذا لم يكن معلوما لا بأس بذلك لأن العادة جرت بالأجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء فعلا تحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فيصح الدعوى على اعتبار البيان فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكانه أراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها وبينها في الآخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لأنه يدعي صحة الكفالة **قوله** ولا يجوز الكفالة بالنفس من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طلب منه كفيل بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لإثبات ما يدعيه المدعى عليه فامتنع عن إعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة رح وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف واسناد الجواز إلى الكفالة مجازا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقه وفي القصاص لأنه خالص حق العبد أي لأن المقلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف أن القصاص

مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبرهنا الحبس بل الامر بالملازمة بان يدور الطالب مع المطلوب اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب دارة واراد الدخول يستاذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم ياذن له بالدخول يجلسه في باب دارة ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وان طابت نفس الكفيل به سواء اعطاه قبل اقامة البيعة وبعد ها اما قبل اقامتها فلا ن احدالم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا تسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا الم يكفل بحق واجب على الاصيل وبعد قيام البيعة قبل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل ولا يخففه رح قوله عليه الصلوة والسلام لا كفالة في حد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله تعالى قيل هذا من كلام شريح رضي الله عنه لا من كلام النبي عليه الصلوة والسلام ذكره الخصاف في ادب القاضي عن شريح وقال صدر الشهيد في ادب القاضي روي هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله عليه السلام ولان مبنى الحدود والتصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس اتم من اخذ الكفيل اجيب بان الحبس للنهمة لا للاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرى بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل كما في الاموال ولو سمحت نفسه اي لو تيرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في التصاص وحد القذف صح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجهه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم والحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين **قوله** ولا يحبس فيها حتى

حتى يشهد شاهدان لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيهما
 أي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه أي
 يعرف الحاكم كونه عدلًا لأن الحبس ههنا للتهمة أي لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى
 لأنه يحتاج إلى حجة كاملة والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة
 لأن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت بأحد
 شطريها وقد روي أن رسول الله عليه الصلوة والسلام حبس رجلًا بالتهمة بخلاف الحبس
 في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة وحاصل الفرق أن ما كان
 الحبس فيه أقصى عقوبة كما في الأموال إذا ثبت وعدم موجبات السقوط وامتنع
 عن الإيفاء لا يحبس فيه إلا بحجة كاملة وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود
 والقصاص فإن أقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جاز الحبس قبل ثبوته بالحجة للتهمة
 ولقائل أن يقول الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء
 ثابت بقوله عليه الصلوة والسلام أدروا الحدود بالشبهات وبالإجماع على ذلك فينتفى
 الحبس للتهمة ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للتهمة على أن المراد به اتهام
 الحاكم أيضًا بالتهام فيه وببأنه أن الدرء مأمور به وترك والتهاون حرام لأفضاء
 إلى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فإذا وجد أحد شطري الشهادة ولم يحبسه
 الحاكم اتهم بأنه متهاون في ذلك وهو قاذح في عدلته والاتقاء عن أمثاله مأمور به
 فيحبس بأحد شطري الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد فغالبًا للتهمة عن الحاكم
 والحبس من النبي عليه الصلوة والسلام فيه ذلك وقع تغليبًا للجواز حيث لم يكن
 عليه السلام ممن ينهم بذلك ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحبيل للدرء هذا والله أعلم
 بالصواب وذكر في كتاب أدب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد
 عندهما لأن أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقيل

(كتاب الكفالة)

معنى كلامه ان في الحبس في الحدود والنصاص عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية اخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة **قوله** والرهن والكفالة جائزان في الخراج اورده هذه المسئلة ههنا دفعا لما عسى ان ينوهم ان اخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات دون الديون المطلقة فان صحة الكفالة تقتضي ديناً مطالباً به مطلقاً والخراج كذلك الا يرى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلزم من عياله جلد فصحت الكفالة عنه وانما قيل مطلقاً يعني في الحيوة والممات احترازاً عن الزكاة فانها يطالب بها اما في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام واما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقاً كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة فقوله لانه دين مطالب به اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحيوة والممات تصح الكفالة بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله ممكن الاستيفاء اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكن الاستيفاء لكونه توثيقاً لجانب الاستيفاء فيترتب موجب العتد في الرهن والكفالة عليه قيل في كلام المصنف رحمة الله عليه اني ونشر مشوش ولا بعد في تصدده ذلك **قوله** ومن اخذ من رجل كفلاً بنفسه تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كقولوا جملة او على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اي ان يلتزم الكفيل ضم ذمة المولى الى ذمة الاصيل في المطالبة بان يكون مطلوباً باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثيق والثانية يزاد التوثيق وما يزاد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجوازه موجوداً والمانع منتفياً فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححناها ليزداد التوثيق فلو برأ الاول ما زاد الا ما نقص فما فرضنا زيادة لم يكن زيادة هذا

هذا خلف باطل وقال ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي
واجبا على الاول كان واجبا في موضعين وهذا بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين
برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والاصل موافقتها
وينفي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها يبرأ المحيل وذلك باطل
ثم اذا سلم احد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه **قوله** واما الكفالة
بالمال فجائزة لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء
كان معلوما كقوله تكفلت عنه بالف او مجهولا كقوله تكفلت عنه بمالك عليه او بما
يدرك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان ديننا صحيحا لان مبنى الكفالة على
التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد ان كانت متعارفة
قوله وعلى الكفالة بالدرك بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول
وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح
مجهولا كالثمن في البيع قلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول
وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجرة اي شجرة كانت اذا كانت خطأ فانها صحيحة
وان كانت لمجهول لاحتمال السراية والاختصار وانما قيدنا خطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت
وكانت الشجرة بألة جارحة فانها توجب القصاص والكفالة بها لا تصح ولما مر ذلك في كلامه
لم يحتج الى التقيده بشرط ان يكون المكفول به ديننا صحيحا وفسره بان لا يكون بدل
الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذا الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقا
لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة ليس كذلك
لاقتدار المكاتب ان يسقط البدل بتعجزه نفسه وقيل لان المولى لا يجب له على عبده
شيء فيطالبه به **قوله** والمكفول له بالخيار المكفول له مخير بين ان يطالب الذي عليه
الاصل اي الدين ويسمى الدين اصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين

(كتاب الكفالة)

غير منصوص فكانت المطالبة فرعاً وهذا التخيير بناء على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
 في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاولى لا البراءة عنها الا اذا شرطت فيه البراءة فيصير حوالة
 اعتباراً للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة فعلى هذا ان يطالبهما
 جميعاً جملة ومتعافياً بخلاف المالك اذا اختار تضمين احداً الغاصبين اي الغاصب
 وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين احدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره
 احدهما يتضمن التمسك اذا قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمسك من الثاني اما
 المطالبة بالكفالة فلا يتضمن التمسك **قوله** ويجوز تعليق الكفالة بالشروط يجوز تعليق الكفالة
 بشروط ملائم مثل ان يكون شرط الوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لا مكان
 الاستيفاء مثلاً ان يقول اذا قدم زيد وهو مكفول عنه اولتعد والاستيفاء مثل قوله اذا غاب
 عن البلدة او اذا مات ولم يدع شيئاً او ان حل مالک عليه ولم يواف به فعلي ولا يجوز
 بشرط مجرد عن الملائمة كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وقيد بكون زيد مكفولاً عنه
 لانه اذا كان اجنبياً كان التعليق به كما في هبوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء
 به حملٌ بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة
 بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وكان ندوة بامر يوسف عليه السلام وشرعية
 من قبلنا شرعية لنا اذا قصصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين احدهما
 ما قال بعض الشافعية ان هذه الآية محمولة على بيان العمالة لمن يأت به لا لبيان الكفالة
 فهو كقول من ابق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما يكون
 اذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتمل
 على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة
 والعمل بهما امكن واجب فكان معناه والله اعلم ان يقول المنادي للغير ان الملك
 يقول لمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم بذلك فيكون ضامناً عن الملك لا من نفسه

نفسه فتحقق حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية امرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له
واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز احدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر
فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له
فان الاولى لا تمنع الجواز اصلاً والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت
بما يبيع احد امن الناس والثالثة تمنعه مطلقاً فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها
قال الله تعالى حِمْلُ بَعِيرٍ وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم يمنع مطلقاً والثانية انما
تمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل يا بني القياس جوازها
على ما يأتي وانما جوزت استحساناً للمتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوماً
فالمجهول باق على اصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقاً لان الكفالة في حق الطالب
بمنزلة البيع حتى لا يصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعناق
حتى يصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعناق من غير قبول اصلاً واذا كان بمنزلة البيع
في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع
بخلاف جانب المطلوب فان جهالة لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا
هو الموعود بقوله على ما يأتي **قوله** وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا اي كما لا يصح
تعليق الكفالة بهبوب الرياح ومجيئ المطر كذا لا يصح جعلهما اجلاً للكفالة وفي كلامه نظر
من اوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لانفي جواز الكفالة
مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوفاً على قوله فاما لا يصح
فيكون تقديراً وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلو اما ان يكون فاعل يصح هو التعليق او
الكفالة اذ لم يذكر ثالثاً والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل
كل واحد منهما اجلاً والثاني كذلك لقوله بعده الا انه تصح الكفالة الثالث ان الدليل
لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط

وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشروط المحض
وهو اولى المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول بان حاصل الكلام نفى جواز الكفالة
المعلقة بهما والمجموع ينتفى بانتفاء جزئه لا يقال نفى الكفالة المؤجلة كنفى المعلقة ولا
ينتفى الكفالة بانتفاء الاجل لان الاجاب المعلق نوع اذا التعليق يخرج العلة عن العلية
كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد
تقدم في الصرف ما يقاربه ان كان على ذكر منك وعن الثاني بان فاعل يصح المقدر
وهو الاجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما اجلا
وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشروط الاجل مجازا بقريته قوله ويجب المال حالا
وتقديره لان الكفالة لما صح تعليقها باجل متعارف لم يطل بالاجل الفاسد كالطلاق
والعناق ومجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما فان قال تكفلت بمالك
عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاين ما عليه
وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصيح الضمان به وان لم تقم بيته فالقول
قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة وانما كان القول قوله لانه
مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا اقر بشي مجهول وانما كان مع يمينه لان من جعل
القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشيء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كما مدعى
عليه بالمال واليه اشار بقوله لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر مما اقر به
لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته
عليها كالمريض اذا اقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في غماء ديون
الصحة حيث يقدمون على المقر له حال المرض **قوله** ويجوز الكفالة بامر المكفول
عنه وبغير امرة الكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل عني وبغير امرة
سيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله عليه الصلوة والسلام الزعيم

الزعم غارم وامثاله لا يفصل بين كونها بامره او بغيره ولان الكفالة التزام ان يطالب بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف ههنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر بل مستفيع لا محالة والمطلوب ان تضرر فانه يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فما لم يامر لم يتضرر وان امر فقد رضي والضرر المرضي غير ضار فتبين ان الكفالة بنوعيهما مما يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازها واجب ثم ان كفلا بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دين غيره بامره ومن قضى دين غيره بامره رجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه او عبدا كذلك وامر الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على المصبي وعلى العبد مادام رقيقا لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا ائتمن لغيره ادعني زكوة مالي او اطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الامر على اني ضامن لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفلا بغير امره لم يرجع لانه متبرع بادائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك رح الكفيل اذا ادى رجع سواء كفلا بامره او بغير امره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل او اقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب ان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فاذا كفلا بامره فنفس الكفالة كما يجب المال المطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكن يؤخر الى ادائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير امره **قوله** رجع بما ادى اعلم ان الكفيل يملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين * احدهما ان يكون ادى ماضن وفيه الرجوع بما ادى لانه مثل ماضن * والثاني ان يكون ادى خلاف ماضن كما ادى زيو فابدل ماضن من الجياد وتجزله ذلك

أو بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لأبما أدى قال المصنف رح لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه الابما في ذمته فكذا من نزل منزله وقاس ذلك على فصل الهبة وهوان يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه الكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل الميراث وهوان يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب وفيه بحث من وجهين * احدهما ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لافي الدين * والثاني ان في الهبة والميراث المملوك واحد لا تعد فيه وهو ما ضمن وما في الاداء بخلاف ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد ادائه ما أدى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدهما ان تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه واذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه واذ اذن له بالقبض صار كانه اخبره من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وح يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذ لم يكن هناك ضرورة فاما اذا كانت فيجوز ان يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لاما على غيره وامكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له في ان الابراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فان الابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق فكفى مؤنة بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا مقدورا التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير منصور فتمست الحاجة الى نقل الدين ليصح التمليك و

والتملك يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من التكفل
وعن الثاني بان التشبه انما هو في نزول التكفل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع
ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له ان يطالب الا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس
ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين
وادي المحتمل عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان المحتمل عليه يرجع على المحيل بما ضمن
لابما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب **قوله** لما ذكرنا في الحوالة قيل يريد به
حوالة كفاية المنتهي **قوله** بخلاف المأمور بقضاء الدين جواب دخل تقديره التكفل
لا يرجع الا اذا ادى بما مر المكفول عنه وح لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الديون والمأمور
يرجع بما ادى فكذلك التكفل وتوجيهه ان يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له
على الامر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب
فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبارهما فلو ادى الزبوف
عن الجباد وتجاوز له ذلك رجع بهادون الجباد لان الاداء المأمور به لم يوجد وان عكس
فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فنقول رجع بما ادى
باطلاقه فيه تسامح واما اذا صالح التكفل رب الدين فهو على نوعين * احدهما ان يصالح
على اقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة وفيه يرجع بما ادى لابيما ضمن
لانه اسقاط فكان ابراء فيما وراء بدل الصالح وفيه لا يرجع التكفل على المكفول عنه
على ما ذكره * والثاني ان يصالح على جنس آخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن
وسباني **قوله** وليس للتكفل ان يطالب المكفول عنه بالمال التكفل بالمال ليس له
ان يطالب المكفول عنه به قبل ان يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التملك وهو
لا يملكه قبل الاداء فانفتى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء
لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما اي بين الموكل والوكيل مباداة حكمية

(كتاب الكفالة)

ولهذا وجب التحالف اذا اختلفنا في مقدار الثمن والوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل
 لاجل الثمن كالبائع والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة **قوله** فان لوزم
 بالمال اذا لوزم الكفيل له ان يلزم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين
 في ذمة الكفيل لانه هو الذي اوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبس
 كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بامره وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق
 على الاصيل قبل الاداء وتلنا هو ورطة فعليه الخلاص واذا ابرأ الطالب المكفول عنه واستوفى
 دينه برئ الكفيل لانه ابرأ الاصيل و ابراء الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة
 بوجود الدين وقد سقط بالابراء فلم يبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل
 لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علقها وقوله
 في الصحيح احتراز عن قول بعض المشائخ بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل
 على ما تقدم ولا يتوهم ان على ذلك القول براءة الاصيل لا يوجب براءة الكفيل
 فان ذلك بالاجماع ويعمل بان الكفالة لا تكون الا في ما هو مضمون على الاصيل
 وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء او الابراء فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان
 على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة
 الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة
 الاصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل فلنا لا نتض في ذلك فانا قلنا ان براءة الاصيل
 توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الباقي
 اذا كان محال عليه ولم نقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه وان ابرأ الطالب
 الكفيل لم يبرأ الاصيل لان على الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط المطالبة عنه
 لا يوجب سقوط اصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل بدون الطلب او بدون الكفيل
 جائز الا يرى انه لو مات المكفيل ما سقط الدين عن الاصيل وان اخر الطالب عن الاصيل

عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله وان اخبر عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل لان
 التأخير ابراء مؤقت لاسقاط المطالبة الى غاية فيعتبر بالابراء المؤبد ورد بان هذا الاعتبار مع عدم
 التساوي وهو باطل الا يرى ان الكفيل لو رد الابراء المؤبد لم يرتد بل يثبت ابراء وتسقط عنه
 المطالبة ولو رد الابراء المؤقت ارتد بالرد ووجب عليه اداء ما ضمنه حالا والجواب
 ان اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والالانقضى الاعتبار نعم يحتاج
 الى ذكر فارق عند من يقول بجواز ه بين قبول احد هما الرد دون الآخر وهو ما ذكره
 ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا تملك فيه حيث لم يكن عليه
 الامجد ومطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كما سقاط الخيار وما لا ابراء المؤقت
 فهو تاخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتاخير قابل للرد **قوله** بخلاف
 ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لاحق له الا الدين
 حال وجود الكفالة نصرا والاجل اخلافه يجوز ان يكون جواب دخل تديره لانسلم ان التأخير
 عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا
 الى شهر فانه يكون تاخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتاخير عن الكفيل بل هو تاخير
 لاصل الدين لانه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن ح حق الطالب سوى الدين
 لان المطالبة بالحالة بالكفالة لم يثبت بعد تعين تاخيرها واذا كان تاخير الاصل الدين
 وهو في ذمة الاصيل تاخير عنه وعن الكفيل جميعا واما ههنا اي فيما اذا اجل بعد الكفالة
 فانما كان لتاخير المطالبة بالحالة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تاخير اصل الدين **قوله**
 فان صالح الكفيل رب المال صاحبه الكفيل رب المال على اهل من قدر الدين بحسنه
 على اربعة اوجه وهو ان يشترط ابراء نهما جميعا او ابراء المطلوب خاصة او ابراء الكفيل
 خاصة او لم يشترط شيء من ذلك * ففي الاول والثاني برئ جميعا * وفي الثالث برئ الكفيل
 عن خمسائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء اخذ جميع دينه

(كتاب الكفالة)

من الاصيل وان شاء اخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره * وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب فان قال الكفيل للطالب صا لحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئاً جميعاً عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئاً جميعاً عن خمسمائة براءة الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى لانه اوفى هذا القدر بامره وان قال صا لحتك عما استوجب بالكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين فياخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ومما احتداه بخلاف الجنس تمليك الاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف واعترض بأنه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز واجيب بأنه جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدين بديلاً من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صلح على خمسمائة حيث لا يمكن ان يكون خمسمائة بدلاً عن الالف لكونه ربوا فيبقى الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرأ ان عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بامره كما ذكرنا **قوله** ومن قال لكفيل ضمن له ما لا ذكره هنا ثلث مسائل يتعلق بالبراءة * احدها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاءها الى الطالب * والثاني ان يذكر ابتداءها من الطالب * والثالث بالعكس فالاولى ان يقول لكفيل ضمن له بامره ما لا قد برئت الي من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكرنا ان البراءة التي تكون ابتداءها من المطلوب اي الكفيل وانتهاءها الى الطالب لا تكون الا بالابقاء فكان بمنزلة ان يقول دفعت الي المال وتبضئه منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا

لا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية ان يقول ابرأتك وفيها الرجوع
 للكفيل على الاصيل وان كان لرب الدين ان يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه
 اللفظ براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاستقطاء فلا يكون اقرارا بالايفاء وهاتان بالاتفاق
 واما الثالثة وهوان يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رح هو مثل
 ان يقول ابرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالابراء والثانية ادناهما فيثبت
قوله فلا يرجع الكفيل بالشك يجوز ان يكون دليلا آخر وتوجيهه ان يقال تيقنا بحصول
 البراءة باي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء رجع الكفيل
 وان كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال ابو يوسف رح هو مثل ان يقول برئت
 الي لانه اقر ببراءة ابتداءها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك
 انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قمت وتعدت مثلا وهو فيما نحن
 فيه الايفاء لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع البراءة وان
 لم يوجد من الطالب صنع فاما البراءة بالابراء فمما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة
 وقيل ابو حنيفة رح مع ابي يوسف رح في هذه المسئلة وكان المصنف اختاره فاخرة وهو
 اقرب الاحتمالين فالمصير اليه اولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا
 يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل واما اذا كان غائبا فلا استدلال على الوجه المذكورة
 واعتراض بوجهين احدهما ان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل وقد ظهر
 مما ذكر ان العمل به ممكن والثاني ان حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا
 على العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون مجبلا مع ابتناء
 لازمه واجيب بان قوله برئت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفاء الكفيل وقبض
 الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان يقال برئت
 الي لان ابرأتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكره في تعليل الوجه الثالثة

(كتاب الكفالة)

استدلالي لا صريح في الايفاء وغير الايفاء فكان العمل به عند العجز كالعمل بالنص فلما
امكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذاك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في
دلالة على المراد وكونه غير صريح في الايفاء والابراء هو الذي سوغ استعمال لفظ المجمل
والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة
فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان كان المراد
المجمل اللغوي وهو ما كان فيه ابهام فالخطب اذن يهون **هونا قوله** ولا يجوز تعليق البراءة
من الكفالة بالشرط تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل ان يقول اذا جاء غد فانت بريء
من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات
والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض ورد بما لو كفل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا
فانا بريء من المال فوافاه من الغد فهو بريء من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة
بالمال بموافاة المكفول به والمسئلة في الايضاح ويروى انه يصح لانها اسقاط محض
كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل
بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاستقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين
ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جاء
غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه
تعامل فاما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعلق البراءة به صحيح كالمسئلة
المنقولة من الايضاح فان الطالب فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثل ذلك متعامل
الا يرى ان صاحب الدين اذا قال عجل بضم سماءة على اني ابرأتك من الباقي كان
صحيحا وان علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما
اذا كان الشرط محضا غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله **قوله** وكل حق
لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة به ذكرا بطله لا تصح الكفالة ومعنى قوله لا

لا يمكن لا يصح لان امكن الضرب او جزا الرقبة ليس بمنتهى لا محالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل آخر بما عليه من الحدود والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر ان الوجوب عليه اما ان يكون اصالة والغرض خلافه او نيابة وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المتصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما ان يكون للجاني بان لا يعود الى مثل ما فعل او غيره فان كان الاول فقد لا يحصل المتصود كما ترى بعض المتهكمين يعود الى الجناية وان كان الثاني فقد حصل المتصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود * واما في القصاص فالاول منتف قطعاً لعدم تصوره بعد الموت اصلاً لا محالة والثاني كما في الحد وتعل الاستدلال على ذلك بالاجماع اولى فانه لم يبرؤ احد من اهله خلاف في عدم جريانها في العقوبات فيكون التشكيك ح تشكيكاً في المسلمات وهو غير مسموع **قوله** اذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بخلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تقييداً لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولى الى ما هو امانة لا تضمن كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون لغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع يباع فاسداً او المقبوض على سوم الشراء والمقبوض بها كلها اما ان يكون بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون امانة او مضموناً بالغير ويصح فيما يكون مضموناً بنفسه عندنا خلافاً للشافعي رح فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع فعلى بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا المرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستاجر لانها امانة ويجوز في المبيع يباع فاسداً او المقبوض على سوم الشراء

(كتاب الكفالة)

والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك ان يجب قيمتها عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر* ومنع الشافعي رح الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الاعيان* ولنا بناء على اصلنا ان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي ان يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا محالة والامانات ليست كذلك والمضمونة بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا القيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا يلزمه مطالبة فلا يتصور الكفالة* وان كان الثاني اعنى الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز* وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده متى قضى الدين ولعل محمله اختلاف الروايتين* فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان بمقدار الدين اوزا اء عليه والزيادة عليه من ماله كانت امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستاجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل بتسليمه الى المستاجر كمن استاجر دابة وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صححت الكفالة والكفيل مواخذ بتسليمها مادامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة

الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل
 به وترك المصنف رح ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جواز دواظنه
 تابع شمس الائمة في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطل * قيل وهذا ليس بصواب
 فقد نص محمد رح في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر فان شمس الائمة
 ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية اقوى من ذلك فاخترها
قوله لانه التزم فعلا واجبا دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب
 التسليم وما لا يكون كما فصلنا **قوله** ومن استاجر دابة للحمل اعلم ان من استاجر
 ابلا معينة للحمل فكفل رجل بتسليمها صحت لما تقدم آتينا وان استاجر غير معينة للحمل
 فكفل رجل بالحمل فذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة بنفسه
 وان استاجرها للحمل فكفل بالحمل لم تصح قال المصنف رح لانه اي الكفيل
 عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل
 على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث
 كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي رح
 واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا للشافعي رح
 وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الاعيان المضمونة في الجملة فصح التزمه لان ما يلزمه
 بعقده يعتبر فيه التصور وذلك غير دافع لان تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب
 صحتها فيما نحن فيه ايضا وكذا اذا استاجر عبد ابعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمة مته لم يصح
 لما بينا انه عاجز عما كفل به **قوله** ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا
 عند البيهقيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف رح الاول وقال آخر يجوز اذا
 اجاز حين ما بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قبل اي نسخ كقالة المبسوط
 وفيه نبوة لان نسخ كقالة المبسوط لم تعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها

دون بعض يدل على ترك في بعض او زيادة في آخر وذكر في الايضاح وقال ابو يوسف رحمه
يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين بشرط الاجازة في احدهما دون الآخر
وعلى هذا يجوز ان يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ الميسوط وعلى هذا الخلات
ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا لابي يوسف رحمه في وجد الرواية التي لم يشترط
الاجازة فيها انه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالقرار والنذر
فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار
يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومن له العباد لا يشترط قبوله لعدم العلم به ولده في وجه
رواية التوقف على الاجازة ما ذكرناه في الفصولي في النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد
كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على احد ومنع
عدم الضرر لجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو
مذهب بعض العلماء في ان الكفالة اذا صحت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب
ولهذا ان في عقد الكفالة معنى التملك لان فيه تملك المطالبة من الطالب فلا يتم
بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى
هذا الوقبله عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شرطه **قوله** الا في مسألة واحدة
هذا استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانه قال لا تصح ذلك عندهما
الا في مسألة واحدة استحسانا والقياس عدمهما لما مر ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان
الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته او لاجنبي لم يصح فكذا المريض والاستحسان
وجهان * احدهما ان يقال اذا قال المريض لورثته تكفل عني بما علي من الدين فكانه قال
اوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم
ان جهالة المكفول له تنفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ رحمهم الله انما تصح هذه الكفالة
اذا كان له مال عند الموت نصحيحا لمعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في

في المجلس شرطاً قبل في كلام المصنف رح تسامح لانه في معنى الوصية لانه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما اذا دل لفظ بظاهرة على معنى واذا نظر في معناه يؤل الى معنى آخر وح لا فرق بين ان يقول في معنى الوصية او وصية في الحقيقة * والثاني ان يقال المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه اي الى قيامه مقامه بوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصارت مكان الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا اجاب المصنف بقوله وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يريد ان به التحقيق اي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساءمة نظراً الى ظاهر حاله التي هو عليها فصارت كالامر بالنيكاح كقول الرجل لامرأة زوجني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة توليها زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتبدله بالامر بالنيكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز ان يكونا مسلكين في هذه المسئلة **قوله** ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشائخ رحمهم الله تعالى فيه اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الاجنبي ذلك اختلف المشائخ فمنهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحيوة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي او لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذلك المريض ومنهم من صحح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامر يراجع في تركه فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائماً مقام الطالب لتضييق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فنكرناه على القياس او على انه بطريق الوصية

كما هو الوجه الآخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك من المريض
للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها **قوله** وإذا مات الرجل وعليه ديون
إذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه انسان وارثا كان او اجنبيا
لم تصح الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالاهي صحيحة وهي قول الاثمة الثلثة لهما
ان الكفيل تد كمل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة
بالاتفاق وانما قلنا كفيل بدين صحيح ثابت لان كونه دنيا صحيحا هو المفروض وثبوته
اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا او الآخرة ولا كلام في ثبوته وثباته في حق احكام الآخرة
واما في حق احكام الدنيا فهو ثابت ايضا لانه وجب لحق الطالب بلا خلاف وما وجب
لا ينتفي الابراء من له الحق او براءة من عليه الحق او بفسخ سبب الوجوب والمفروض
عدم ذلك كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل وما يدل على ثبوته
في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان صحيح تبرعه ولو برئى المفلس بالموت عن الدين
لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع وان اكان به كفيل اوله مال فان الدين باق بالاتفاق
فدل على ان الموت لا يغير وصف الثبوت وما يدل على ذلك ان المشتري لومات
مفلسا قبل اداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هودين عليه بموته مفلسا
لبطل العقد كمن اشترى بنفوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن
ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في احكام الدنيا ولا يحنيفة رحمه الله ان الدين
ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضى القدرة والقدرة انما تكون بنفسه
او بخلفه وقد انتفت بانتفاهما فانتهى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة
ان المقصود والفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب
يقال دين واجب كما يقال الصلوة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال
فان قلت لزوم قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق منكملي اهل السنة فعليك بما

بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للمأمو^ر به فان قلت فقد يقال
المال واجب اجاب المصنف ر^ح بقوله لكنه ابي الدين في الحكم مال لان تحقق ذلك
الفعل في الخارج ليس الابتلي^ك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء
الموصوف به يؤل^ل اليد في المال فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخله يدل على
تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محتجورا^ت ر^ح
بدين فانها تصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق تلتا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صاحبة
لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم يبق اهلا للوجوب
عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى ان المصنف ذكر دليل ابي حنيفة ر^ح بطريق
المعارضة ولو اخرجته الى سبيل الممانعة بان يقول لانسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط
ويذكر السند بقوله فان الدين هو الفعل كان احدث في وجوه النظر على ما لا يخفى
على المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن اعادتها في ما هو نظيره فيما سيأتي **قوله**
والتبرع لا يعتمد قيام الدين جواب عما قالوا ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع
لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان على فلان الف درهم وانا كفيل به صححت الكفالة
وعليه ادوة وان لم يوجد الدين اصلا ولان بطلان الدين انما هو في حق المبت لا المستحق
لان الموت يخرج من قام به عن المحلية واذ كان باقيا في حق المستحق حل له ان ياخذ
بدينه ما تبرع به الغبر وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري منسلا لبقائه في حق البائع
فان السقوط في حق المبت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس
اذ اكسدت فان الملك قد بطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد **قوله** واذ كان به
كفيل جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل اوله مال وبيانه ان القدرة شرط
الفعل اما بنفس القادر وبخلفه واذ كان به كفيل اوله مال فان انتفى القادر فخلفه وهو الكفيل
اول المال في حق بقاء الدين باق وقوله او الا قضاء على ما هو السماع وعليه اكثر النسخ تنزل وكأنه

(كتاب الكفالة)

قال الكفيل والمال ان لم يكنوا خلفين فالإفشاء الى الاداء بوجودهما باق بخلاف
 ما اذا عدا ما ونجوز ان يكون في الكلام اف ونشرو وتقديره فخلفه وهو الكفيل او الإفشاء
 اي ما يفضي الى الاداء وهو المال باق وعليه هذا يشترط في القدرة اما نفس القادر او خلفه
 او ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذ الإفشاء على وجه التعليل لقوله فخلفه
 وعليه هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قوله * شعر *
 نحن بما عندنا وانت بما * عندك راض والرأي مختلف * ومعناه كلوا حد من الكفيل والمال
 خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق فان الخلف ما به يحصل كفاية ما لا يصل عند عدمه
 وهما كذلك فكانا خلفين وفيه ما يرى من التكلف مع الغنية عنه بالاولى فان استدل الخصم
 باطلاق قوله عليه السلام الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روي ان
 النبي عليه السلام اتى بجنازة انصاري ليصل عليه فقال عليه السلام فهل علي صاحبكم
 دين فقالوا نعم درهمان اوديناران فامتنع عن الصلوة عليه وقال صلوا علي صاحبكم فقام
 علي او ابوقتادة رضي الله عنه علي اختلاف الروايتين وقال هما علي يا رسول الله
 فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم تصح الكفالة عن الميت المنلس لما صلى عليه بعدها
 كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب ابي حنيفة رحمه الله عليه عن ذلك فالجواب ان قوله
 الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام في كفيل الميت المنلس هل هو زعيم
 اولاه ما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك من علي وابي قتادة رضي الله عنهما
 اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء سواء فيها ولا عموم للحكاية الحال ويحتمل
 ان يكون وعدا بالتبرع * ونحن نقول بجواز بدليل ما روي انه عليه السلام كان يقول
 لعلي ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن بردت عليه جلده
 ولم يجبره على الاداء ولو كان كفالة لأجبره علي ذلك والحق ان من قال بان الكفالة ضم ذمة
 الى ذمة لزمه القول بطلان الكفالة عن الميت المنلس لعدم ما يضم اليه وجاحدة متساهل

متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة قوله ومن كفل
عن رجل بالف رجل كفل عن رجل بامرء بالف عليه فقضى الاصيل الكفيل الا ان
قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلوا ما ان قضاة على وجه الاقتضاء
بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن ان يأخذ الطالب منك حقه فنخذها قبل ان تؤدي
فقضه او على وجه الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب
فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوع وانته باعتبار الدراهم
لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضاء الدين فماله يطل هذا الاحتمال
باداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز
الاسترداد فيه مادام باقباله لا يكون سعيا في نقض ما اوجبه وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها
الى الساعي فانه ليس له ان يسترد ما لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة بعد التحول
فمادام الاحتمال باقباله ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما ذكره * وان كان
الثاني فليس له ان يسترده ايضا لانه تعلق بالمؤدي حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك
باسترداده فلا يتدر عليه لكنه لا يملكه لانه تحض في يده امانته فان تصرف الكفيل فيما قبضه
على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصديق به لانه ملكه حين قبضه والربح
الحاصل من ملكه طيب له لا محالة * وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما ان حصل
من الكفيل او من الاصيل * فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له فيملكه من حين
قبض كمن قبض الدين المؤجل معجلا * وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول
عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين
دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين
الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تاخير مطالبة بما وجب له على المكفول عنه
الى ما بعد الاداء ولهذا الواخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صم بمنزلة مالواخذ

(كتاب الكفالة)

رهنا بدين مؤجل ولو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه منه
 يجوز حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا
 ذكره الامام قاضي خان والامام المحمدي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا
 والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة
 الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة
 مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حادثة ومطالبة
 الكفيل اخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة
 الدين المؤجل ولهذا اي لكونه نازلا منزلة لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه صح
 وكذا اذا اخذ رهنا او وهبه منه والى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه
 للمكفول عنه ويجوز ان يكون للكفيل والمعنى بحاله اي الكفالة توجب للكفيل
 على الاصيل من المطالبة مثل ما يوجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه
 من التحمل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتسلكه ما قبض بمجرد ماله
 من المطالبة مع ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فان له المطالبة
 ولا يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول
 عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وح لا منافاة بينه
 وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس
 على الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب
 فلا نيا في ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين
 للطالب على الاصيل ومطالبة له فقط على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
 في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متأخرة الى وقت الاداء
 فيكون دين الكفيل مؤجلا ولهذا ليس له ان يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما

فما معنى قوله فينزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فينزل هذا الدين المؤجل منزلة الدين المؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه معجلا ملكه فكذا ههنا هذا ما سمع لي والله اعلم الا ان فيه اي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد ادى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب ابي حنيفة رحمه الله نبيته في مسألة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع في آخر فصل احكام البيع الفاسد واما اذا اقضاه الكفيل فلا خبث فيه اصلا في قولهم جميعا* واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ربح من اصل خبيث وفي قول ابي يوسف رحمه الله يطيب لان الخراج بالضمان* اصله المودع اذا تصرف في الوديعة وربح فيه فانه على الاختلاف **قوله** ولو كانت الكفالة بكر حنطة ما مر كان حكم الربح فيما لا يتعين اما اذا كانت الكفالة فيما يتعين ككرم حنطة قبضها الكفيل من الاصيل قبل ان يؤدي الى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له في القضاء لما بينا انه ملكه قال ابو حنيفة رحمه الله واحب الي ان يرده على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب الرد عليه ذلك في الحكم وهذه رواية الجماعة الصغيرة عن ابي حنيفة راجح وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح له ولا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه يسلم له الربح ووجه رواية الكفالة انه تمكن الخبث مع الملك لاحد الوجهين* اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير ان يقضي الكرم نفسه واذا كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين ان يقر وان لا يقر ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك اصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث* واما لانه رضي به اي بكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار رضائه فاذا اقضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به

(كتاب الكفالة)

فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث اي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع
 الى اول الكلام وتقريره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل
 فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث يعمل في الكرلانه مما يتعين والخبث سبيله
 التصديق فيصدق به ووجه رواية الجا مع الصغير ان الخبث لحقه اي لحق الذي قضاة فاذا
 رد اليه وصل الحق الى مستحقه وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب
 لا جبر فاذا ارد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام
 والاشبه ان يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه
 على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
 لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف رح يطيب **قوله** ومن كفل عن رجل بالف
 اذا امر الاصيل الكفيل ان يعامل انسا نا بطريق العينة وفسره المصنف رح بان يستقرض
 من تاجر عشرة فيا بى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشرة مثلا رغبة في نيل الزيادة
 لبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويحصل عنه خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له
 والربح الذي ربحه البائع فهو عليه لا على الاصيل ويسمى هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض
 عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل
 الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس
 بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والالكان المراهجة مكروهة
 قبل اما مبرة الاقراض فلقوله عليه السلام الصدقة بعشرة والقرض بشمانية عشر واما مذموم
 البخل فلقوله عليه السلام البخيل بعيد من الله بعيد من الناس بعيد من الجنة والسخي قريب
 من الله قريب من الناس قريب من الجنة بعيد من النيران واما لزوم الربح للكفيل
 دون الاصيل لانه اما كفاية فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله علي فانه كلمة ضمان لكنه فاسد
 لان الضمان والكفالة انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على

على احد فلا يصح ضمانه كرجل قال لا خربع متاعك في هذا السوق عاين ان كل وضبعة
 وخسران يصيبك فانا ضامن به لك فانه غير صحيح * واما وكالة فاسدة نظرا الى قوله تعين
 يعني اشترلي حريرا بعينة ثم بعه بالنقد باقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحرير
 غير متعين اي غير معلوم المقدار والثمن كذلك فان قيل الدين معلوم والمأمور به
 هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل
 في الثمن وان افسدت الكفالة والوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة
 على الدين عليه لانه هو العائد ومن الناس من صور للعينة صورة اخرى وهوان يجعل
 المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب
 باثنى عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع
 الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته
 فيحصل لرب الثوب ثوبه ودرهما بعشرة دراهم فيكون مكروها لما حصل غرضه في الربوا
 بطريق المواجهة فرار عن القرض المندوب * وانما توسط ثالث احترازا عن شراء ما باع
 باقل مما باع قبل نقد الثمن * ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلته الربوا
 وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين وابنتم اذ تبايع البقر
 ذللتهم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياكم والعينة فانها العينة **قله** ومن كفّل عن رجل
 بما ذاب له عليه رجل كفّل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب
 المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم
 لم تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه
 غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به اموال مقضي به على الاصيل
 لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالته ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب
 تقرر وانقررا فما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال بقضى به

(كتاب الكفالة)

بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطل الله بفاك فهو وان كان ضعيفا لان ارادة
معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لئلا يتعلق بعلم البلاغة
غير مطابق لدعواه لا طلاقها وتقييد المكفول به حتى قيل ان من ادعى على الكفيل
ان فاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام على ذلك بينة
قبلت بينته لوجود المطابقة خيئة * والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به
مال قضي او يقضى به بعد الكفالة والمدعي يدعي الغايصم ان يكون قبل عقد الكفالة
او بعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف ر ح ما يدل على ذلك
اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اما مال مقضي ولم يدعه
او مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى
صحيحة فلا تقبل البينة ومن اقام البينة على ان له على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه
بامر قاضي به على الحاضر والغائب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امر قاضي به على
الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلاثة فروق ذكر المصنف ر ح منها اثنين * احدهما ان البينة
قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف بكونه مقضيا به
او يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى بد فصحت وقبلت البينة لا بتائها على
دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر * ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدقه فقال قد كفلت
لك بما ذاب لك عليه او ما قضي لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال
وههنا لو قال كفلت لك عند الف درهم لكن ليس لك شيء لم يلتفت اليه والاخر الفرق
بين الكفالة بامر وبينها بغير امر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب
عدم التفرقة في ان لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين ان يكون بامر او بغيره
ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانها يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء

وان ثبت ذلك فبد عواه احدهما لا يقضي له بالاخر لان الحاكم انما يقضي بالسبب
الذي يدعيه المدعي الا يرى انه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة
وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر وتضي بالكفالة
بالامر بينة ثبتت امره بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه
فلوحضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير امره فانها
لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه
اي الشأن ان صحة الكفالة بغير امر يعتد صحتها بام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال
لفلان على فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل
شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين مانحن فيه من المسئلة
وبين ما اذا ابهم فادعى على رجل انه كفيل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسروا قام
على ذلك بينة وان له على الغائب الف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضي بها
على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامره او بغيره * ووجهه ان الحاضر انما ينتصب
خصما عن الغائب ان لم يهكن اثبات ما يدعي على الحاضر الا باثبات ما يدعي
على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل
لانه معلوم ومعرف بذاته واذا كانت بمجهول لا يصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول
يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان
لك على فلان مال فانا كفيل فاثبت المدعي وسيأتي تمام ذلك **قوله** وفي الكفالة بامر
يجوز ان يكون فرقا آخر بين ما اذا اقام البينة على الكفالة بامره وبين ما اذا اقام عليها
بغيره فان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبتت الكفالة بامر عيانا رجع الكفيل بما ادعى
على الاصيل فكذا اذا ثبت بالبينة وقال زفر ربح لما انكر الكفيل الكفالة فقد زعم ان الطالب
ظلمه والمظلوم لا يظلم بغيره ونلما لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه كمن

(كتاب الكفالة)

اشترى شيئاً واقر بان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع
 بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونقض بما قال محمد رحمه الله
 في من اشترى عبداً فباعه ورد عليه بيع بالبينة بعد ما انكر العيب به ثم اراد ان يرده على بائعه
 لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافاً لابي يوسف رح حيث لم يبطل زعمه مع
 ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بانه انما لم يكن له ان يرده
 على بائعه لان قوله لا عيب به نفى للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب
 عند البائع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البائع الاول ليس بشرط للرد على الثاني
 فافتراقاً **قوله** ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك ومن باع داراً وكفل عنه رجل
 بالدرك وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم اي
 تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع فلما رد على الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري
 لا تسمع دعواه لان الكفالة اما ان تكون مشروطة في البيع او لافان كان الاول وهو شرط
 ملائم للعقد اذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيد وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول
 الكفيل فكانه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته
 وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفعياً بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته
 من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها
 سعياً في نقض ما تم من جهة الطالب * على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضی الخصم
 والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لانقض * وان كان الثاني فالمراد بالكفالة احكام البيع
 وترغيب المشتري لاحتمال ان لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق
 فيكفل تسكيناً لقلبه فصار كانه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البائع فان ادرك
 درك فاننا ضامن وذلك اقرار بملك البائع ومن اقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك
 وانما قال نزل منزلة الاقرار لانه يؤل اليه في المعنى **قوله** ولو شهد وختم ولو شهد الشاهد على

على بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الأئمة المحلوائي ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم ولا فان ادعى لنفسه يسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره ايضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملائمة ولا هي اقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك واخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا يكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشائخنا راج ما ذكر ان الشهادة على البيع لا يكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه باع فلان او جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان البيع او جرى البيع بمشهدى * واما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا تصح دعواه الا ان يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ *

* فصل في الضمان *

ومن باع لرجل ثوبا الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان مسائل الجامع الصغير وردت باللفظ الضمان فصلها اللغاة في اللفظ واعلم ان كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به فذن وكل رجلا يبيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصل في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل

(كتاب الكفالة — * فصل في الضمان *)

حتى لو حلف المشتري بالموكل عليه شيء كان باراً في يمينه ولو حلف بالموكل عليه شيء كان حائثاً وكذا المضارب وإذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامناً لنفسه وفساده لا يخفى ولا يفترونهم التصحيح باختلاف الجهة فإنه امر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولأن المال أمانة في يد الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضامنين فما فرضناه أمانة لم يكن أمانة وذلك خاف باطل فيكون الضمان تغييراً للحكم الشرعي وليس للعبد ذلك لنزعه إلى الشركة في الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير تقريراً تاماً فيرد عليه كشرائط الضمان على المورد والمستعير ما نهما الرضا والوديعة والعارية للمستعير والمورد لم يجز ذلك ونقول ان يقول الوكالة انفراداً مشروطة بالكفالة كذلك فلم لا يجوز ان يكون المال أمانة بأيديهما إذا لم يرضاها فاما إذا رضيا فيكون ذلك رفعاً للأمانة إلى الضمان وتحولاً من حكم شرعي إلى حكم شرعي فصلاً إذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة والجواب ان رفع الأمانة إذا يكون بطلان الوكالة كمالاً يضاف المعلوم عن علته وبطلانها لا يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة هي بمنزلة الفرع الوكالة لأن كماله يكمل بما وجب بالوكالة فلا يجوز ان يصح ما يوجب بطلانها أصلاً بخلاف مسئلة البيع فإن الثاني ليس فرعاً للاول وكذلك إذا باع رجلان عبداً صفقة واحدة وباع من أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لأنه ان صح فإن كان بحصته من الثمن شاعراً ضامناً لنفسه وقد تقدم فساداً وان صح في نصيبه مفرزاً إلى التي قسمته الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لأن القسمة أفرز ذلك أمانة يكون حساباً ووصف مميزاً وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور * وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليل ذلك ما يستحق بنصيب أحدهما فلا آخر ان يشاركه فيه إذا كان ما لا بدليل ان أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئاً كان للآخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك فإذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع و

ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصفه الباقي ثم ونم الي ان لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشائخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداءً ابطاله انتهاءً * نقلنا بطلانه ابتداءً ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شائع او بنصف هو نصيب شريك لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً * وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا ايضا لان عقد الاجماع على ان احدهما اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب صاحبه واكن التعويل لما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فان ارجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح لو كان الرجوع باعتبار نقص ما ادى وهو ممنوع بل من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يتصح شائعاً يجاب عنه بان نصيب الشريك وهو النصف مثاله اعتبار ان اعتبار نصف شائع في كل جزء من اجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض افراده لا يتعلق له في الباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فنترك ذاك نقص في التعقل وقوله لا معنى لهذا ايضا لان عقد الاجماع الى آخره ويجاب عنه بانه انما لم تلزم القسمة فيه لان ما اشترى احدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر ان يشاركه بخلاف ما اذا باعوا صفتين بان سمي كل واحد منهما ثمن لنفسه ثم ضمن احدهما للآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتيار نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة لانها تكون بانحاد الصنف والفرص خلافه واستوضح بقوله الا يرى ان المشتري ان يقبل نصيب احدهما ويرد الآخر وله ان يقبض نصيب احدهما اذا نقد ثمن حصته وان كان قبل الكل ولو اتحدت الصنف لم يكن له ذلك قوله ومن ضمن من آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة

(كتاب الكفالة — * فصل في الضمان *)

جائز* اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج* قبل والمراد به الموقوف وهو الواجب في الذمة بان يوظف الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يتسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوده في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكوة وذكر المصنف راجحاً آخر بقوله وهو يخالف الزكوة لانها مجرد نعل اذا الواجب فيها تملك مال من غير ان يكون بدلا عن شيء والمال آلتا ولهذا لا تؤدى بعد موته الا بالوصية واما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول ككربي الانهار المشتركة واجرا الحارس للمحلاة وما ووظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فداء اسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف ما لا على الناس لذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب ادائه على كل مسلم او جبهدا لامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظالما كالتميع فتيها اختلاف المشايخ* قال بعضهم لا يصح الضمان به لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء عليه شرعا ههنا* وقال بعضهم يصح ومدن يميل اليه الامام البردوي يريد فخرا الاسلام لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها* قال فخر الاسلام واما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق او باطل او غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لانهاديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان ما جورا وان كان اصله من جهة الذي يأخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع بد عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الائمة هذا اذا امره بدلا عن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع واما قوله

قوله وقسمته فقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد أنه قال وقع هذا الحرف غلطاً لأن القسمة مصدر والمصدر فعل والفعل غير مضمون واجب بان القسمة تدل على معنى النصيب قال الله تعالى ونبتهم أن الماء قسمة بينهم والمراد النصيب * وكان الفقيه أبو جعفر الهندواني يقول معناه أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن الإنسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لأن القسمة واجبة عليه * وقال بعضهم معناه إذا اقتسمنا ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فيكون الرواية على هذا قسمة بالضمير لا بالتاء وقد علمت أن القسمة بالتاء تدل على معنى القسم بالتاء وقال بعضهم هي النوائب بعينها وذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف للتفسير أو حصة منها أي من النوائب يعني إذا قسم الإمام ما ينوب العامة نحو مؤنة كربي النهر المشترك فأصاب واحد شيء من ذلك فيجب إداؤه وكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكائيل فإشرا المصنف إلى أن الرواية بالواو على تقدير أن يكون القسمة حصة من النوائب لأن القسمة إذا كانت حصة منها فهو محل أو ما إذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو والمر * وقيل هي النائبة الموطقة الراتبة والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب قيل وممن قال بهذا القول الإمام فخر الإسلام والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة في ما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشائخ ر ح في ما كان بغير حق **قوله** ومن قال لا خير لك علي مائة إلى شهر ومن قال لا خير لك علي مائة إلى شهر فقال المقر له هي حاله فالقول قول المدعي لكونها حاله وإن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حاله فالقول قول الضامن وروي عن أبي يوسف ر ح وأبراهيم بن يوسف ر ح أن القول فيهما للمقر له وقال الشافعي ر ح القول فيهما للمقر * لأن الدين نوعان حال ومؤجل فإذا اقرب المؤجل فقد اقرب أحد النوعين فالقول قوله اعتباراً بالكفالة واجب

بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سيأتي ولا يبي يوسف رح انهما تصادفا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بالحجة اعتبارا بالاقرار بالدين * واجيب بما اجيب به الشافعي رح * ووجه الفرق بينهما ان المقر اقر بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل فكان ثمة اقرارا على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه ليس عليه في الصحيح كما تقدم وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما ولقائل ان يقول هب انه لا دين عليه فيقر به اليس انه اقر بالمطالبة فللخصم ان يقول اقر بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تاخيرها الى اجل فكان ثمة اقرارا على نفسه ودعوى الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق * وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبتت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف رح ذكر الفرق الاول اقنا عيا جدا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما ذكره وان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها في الحال او في المستقبل والثاني موجود في ما نحن فيه فلا منافاة **قوله** ولان الاجل في الديون عارض هو الفرق الثاني ومبناه على ان ما لا يثبت لشيء الا بشرط كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لاننا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون بهذه المثابة لان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات مال لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة منوعا له كالتا طاق المنوع لبعض الحيوان وهذا انقص ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الديون عارضا لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكره مع اليمين كما في شرط الخبار واذا كان في

في الكفالة ذاتيا كان اقرار ابنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن
والشافعي رح الحق الثاني بالاول وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني
والعكس هو المشهور من مذهبهما * فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد
منهما * ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله اظهر **قوله** ومن اشترى
جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري
الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق
ثابت وثبوته يمنع ان يؤخذ الكفيل بالثمن لان بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق
للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا
فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذالم ينتقض لم يجب
الثمن على الاصيل واذالم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قاله
على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يوسف رح في الامالي له ان يأخذ الكفيل قبل
ان يقضى على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك
تجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشتري
حق الرجوع فما الفرق بينها وبين الاستحقاق اجاب المصنف رح بقوله بخلاف القضاء
بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيله ان شاء
وموضعه او اثل الزيادات في ترتيب الاصل اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد رح
فانه افتتح كتاب الزيادات بباب الماذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به
ابو يوسف رح فان محمد رح اخذ ما املى ابو يوسف رح بابا بابا وجعله اصلا وزاد
عليه من عنده ما يمت به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف ابي يوسف رح
وزياداته من تصنيف محمد رح ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء
ابي يوسف رح في هذا الكتاب من باب الماذون ولم يغيره محمد رح تبركا به ثم رتبها

(كتاب الكفالة — * فصل في الضمان *)

الزعراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم **قوله** ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فبالضمان باطل ذكرهنا ثلث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لا شتراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهد الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مبهما فتعذر العمل به واما جواز الثاني اي ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبهما له فوجب العمل به * واما الثالث فابو حنيفة رح قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعد المستحق او حرا فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصححا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح واجيب بان فراغ الذمة اصل فلا يشتغل بالشك والاحتمال ذكرنا بوزيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه اورد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا واما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قبل وعلى هذا ففي كلام المصنف رح نظر لان الواجب عند العجز من تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد به الثمن مجازا فشهرة امره معذرة وبلاغة التركيب يستعمل المجاز في ما لا يلتبس فضلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف

كلام المصنف رح و ذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهددة واحد عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف ايضا في العهددة ثابت * و ذكر في الفوائد الظهيرية و اما ضمان العهددة فقد ذكر هنا في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا * و ذكر بعض مشائخنا رح ان عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان العهددة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف رح فكانه اعتمد على ما في الجامع الصغير و ذكر بطلانه من غير ذكر خلاف

* باب كفالة الرجلين *

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعاً فآخرة وصحاً ليناسب الوضع الطبع **قوله** اذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشترى الرجلان عبداً بالف فالثن دين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما من صاحبه فيما ادنى احد هـ ما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلاً وفي النصف الآخر كفيلاً فبإدنى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصله صرفاً الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوباً وعشرة دراهم بعشرين درهماً فنقد في المجلس عشرة جعل المتقود ثلثي الصرف لان الواجب به اقوى لحاجته الى القبض في المجلس وما عليه بحق الاصله اقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لادين وهي تابعة للدين لا بتائها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه بل يتزجم الدين عليها وينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة اذ لم يكن عليه فيها بحق الاصله شيء فانتفى المعارضة لانتفاء احد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤه الكون احدهما راجحاً لا لانتفائه **قوله** ولانه دليل آخر على ذلك اورده بقياس الخلف فانه جعل قبض المدعى

(كتاب الكفالة — * باب كفالة الرجلين *)

وهو الرجوع على صاحبه مستلزما لمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه
قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فاصاحبه ان يرجع عليه لكن ليس لصاحبه
ان يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداء
نائبه كادائه بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدى يقول له انت اديته عني بامري
فيكون ذلك كادائي ولو اديت بنفسك كان لي ان اجعل المؤدى عنك فان رجعت
علي وانا كفيل عنك فانا اجعله عنك فارجع عليك لان ذلك الذي اديته عني فهو
ادائي في التقدير ولو اديت حقيقة رجعت عليك فعلى تقدير ادائي كذلك والشريك
الآخر يقول مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدى
عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه
لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم
الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما
كفيل عن صاحبه بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين
كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما
مطالبة له على الاصيل واخري على الكفيل وصح الكفالة عن الكفيل لان موجب
الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل
وكما تصح حوالة المحال عليه بما التزم على آخره وهو معنى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح
فكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنفسه فليلا كان المؤدى او كثير الان ما ادى احدهما
وقع شائعا عنهما ان الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة
في النصف راجحة بعد صورة المعارضة بينها وبين الكفالة واذا وقع شائع رجوع على شريكه بنصفه
ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل رجوع احدهما بنصف ما ادى
فلا ينتقض رجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال

المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالة عن شريكه وجعل المؤدى من الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم * وانما قال في الصحيح لينا تنى الفروع المبنية على ذلك فانه قال ثم يرجعان على الاصيل لانهما ادبا عنه احد هما بنفسه والاخر بنيابته ولولم يكن كل واحد منهما كفيلاً عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لانهما وقال وان شاء يعني من ادب منهما شيئاً رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بامره ولو كان احد هما كفيلاً عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال واذا ابرأ رب المال احد هما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل بطله على ما بينا من قوله ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا ياخذ به وهو ظاهر **قوله** واذا افترق المتعاوضان فلا صاحب الديون ان يأخذوا ايهما شاء والجميع الدين اذا افترق المتعاوضان وعليهما دين فلا صاحب الديون ان يأخذوا ايهما شاء والجميع ذلك فان ادب احد هما شيئاً لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تعتقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وح كان للغرماء ان يطالبوا ايهما شاء والجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المتناوضة قبل الافتراق فلا يبطل بالافتراق فاذا طلبوا احدهما واخذوا الدين منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين **قوله** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال المولى كاتبتكما على الف الى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحساناً والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة تبطل بالكتابة وكل واحد منهما على انفراد باطل فعند الاجتماع اولى ان يكون باطلاً * اما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه * اما بطلان الكفالة ببطلان الكتابة فلما مر من انها تقتضي ديناً صحيحاً وبطلان الكتابة ليس كذلك * ووجه الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما

(كتاب الكفالة — * باب كفالة الرجلين *)

اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بانه اي باء كل واحد منهما كانه قال لكل واحد منهما ان اديت الالف فانت حرفهذ او ان يجعل كل واحد منهما كفيلا بالالف عن صاحبه كما سذكر في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها واما اذا اختلف الكتابتان فان عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحهما بهذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استواءهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة اعني الكتابة فكان كل البديل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما مالم يؤد جميع البديل فما اداه احد هما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل اولى يرجع بشيء انتفى المساواة ولو لم يؤد يا شيء حتى اعتق المولى احد هما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه ما رضي بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيا لا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى في غير موضعها واذا اعتق استغنى عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقيتهما فلهذا يتنصف وعورض بانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب ان لا يصح الرجوع مالم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مروا جيب بان الرجوع بنصف ما ادى انما هو للتحرز عن تفريق الصفة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برئ بانه عن نفسه وعتق لان المكاتب اذا ادى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما ان يؤد باجميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص اضرار للمولى بتفريق الصفة فوقعنا المؤدى عنهما جميعا واذا بقي النصف على الآخر للمولى ان ياخذ به ايهما شاء اما المعتق فبالكفالة واما صاحبه فبالاصالة قيل اخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببديل الكتابة وهي باطلة واجابوا بان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فبقى

فبقي على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت فان اخذ الذي اعتقه رجع على صاحبه بما ادى لانه اراه عنه بامره وان اخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لانه ادى عن نفسه

* باب كفالة العبد وعنه *

حق هذا الباب التأخير لان العبد متأخر عن الحر اما لشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع تبويبه يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه **قوله** ومن ضمن عن عبدا لا لا يجب عليه قوله لا يجب عليه صفة لما لا وجواب المسئلة قوله فهو حال * وعدل عن عبارة محمد ر ح في الجامع الصغير وهي قوله عن محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد ر ح يحتاج الى تاويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا اقر بالاستهلاك وكذب المولى * وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا اودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به في الحال بل بعد العتاق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبدا لا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فلا يحتاج الى شيء لتاويلهما اذا اقر العبد باستهلاكه وكذب المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير ان المولى او اودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤخذ بذلك كله للحال * اما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدور التسليم للكفيل فيصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المولى او المقتضى * واما كونها حالا فلان المال على العبد المكتول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة ان جميع ما في يده ملك المولى ولم يرغ بتعلق الدين وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى فصارت الكفالة عن غائب يصح ويؤخذ به

(كتاب الكفالة — * باب كفالة العبد وعنه *)

الكفيل حالاً وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وكف الكفالة عن مفلس بتشد يد اللام فانها تصح ويؤخذ الكفيل به في الحال وان كان في حق الاصيل متأخراً الى الميسرة فان قيل اذ لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل ايضا الا بعد الاجل اجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعني ان الدين ثمناً خيراً عن الاصيل بمؤخر اي امر يوجب التأخير وهو التأجيل لا يمنع يمنع من المطالبة بعد وجوبه حالاً وقد التزم الكفيل ذلك فيلزمه مؤجلاً ثم اذا ادعى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذلك الكفيل لقيامه مقامه **قوله** ومن ادعى على عبد مالا الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حراً او عبداً فان بموته يبرأ الكفيل لبراءة الاصيل كما لو كان حراً وذكر هذه تمهيداً للذي بعده وليبان الفرق بينهما فان ادعى رتبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فبات العبد فاقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة عند العجز عن ردها واذا اوجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذلك في حق الكفيل بخلاف الاول اي الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذلك عن كفيله * وانما قيد باقامة البينة احترازاً عما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد او بنكوله عن اليمين حيث يقتضى بقيمة العبد المبت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة فاصرة الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل **قوله** واذا كفل العبد عن مولاه باذنه اذا كفل العبد عن مولاه بامره فالحال لا يخلو اما ان يكون عليه دين مستغرق اولاً * فان كان الاول لم يصح كفالة لحق الغرماء وان كان باذن المولى * وان كان الثاني صححت اذا كانت

عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس او بالمال مديونا كان العبد او غيره ديون
 فاذا صحت الكفالة وادى العبد بما كفل به بعد عتقه او ادى المولى ذلك بعد عتق عبده
 لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر راجح يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة
 بالامر بتحقيق والمانع وهو الرق قد زال ولنا هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد
 لا يستوجب على مولاه دين اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب
 على عبده دين بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة ابد امكن كفل
 عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشيء
 من ذلك ولو تراضى بان الرافق اذا اعتق العبد المهرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين
 فانه يرجع به على المولى مع ان العبد هناك لا يستوجب دينا على مولاه واجيب بانه
 مغالطة فان كلامنا في ان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرنا التحريم يستوجب
 دينا لان استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب بد قبل العتق فلا يكون
 مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حرا وعبدا وانما قال
 بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه ايضا
 غير بدل الكتابة ما في بدل الكتابة فلان الدين غير مستقر لثبوته مع الماني وهو الرق فان المكاتب
 عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس ان لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى
 لا يستوجب على عبده شيئا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فَكَاتِبُوهُمْ اِنْ عَلِمْتُمْ
 فِيهِمْ خَيْرًا وكل ما ثبت مع الماني كان غير مستقراي ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر
 في حق صحة الكفالة لاقتضاها دينا مستقرا لانها لتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر
 جاز ان يستط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد يكون هزا ولعل قولنا ولانه
 دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين
 ما لا يستط الا بالا داء او بالا براء وقوله ولا يمكن اثباته دليل آخر على المدعى وهو عدم

صححة الكفالة ببدل الكتابة * وتقريره ان الكفالة به ان صححت فلا يخلوا ما ان يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو ان يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقا ولا سبيل الى كل واحد منهما * اما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك * واما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونفيا للزيادة على المستلزم الا يرى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلا كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا وزيفا على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو ازمناه مطلقا لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز * واما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه سقط عنه وتفسخ الكتابة سقوط بدلها لا ابتناؤه عليها اذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئا وبدل السعاية كمال الكتابة في عدم جواز الكفالة للمولى على قول ابي حنيفة رحمه الله لكونه ديناً غير مستقر لثبوته مع المنافي لما ان احكام المستسعى احكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المراتبين وتنصيب الحدود وغيرها وعلى قولهما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقرا لسقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحر المديون

* كتاب الحوالة *

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما للآخر اذا اشترط موجب احدهما للآخرى عند ذكر الاخرى لكنه اخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تقفوا الكفالة فكذا ما يتضمنها * والحوالة في اللغة هو النقل وحروفها كيف ما تركبت دارت على معنى النقل والنزول * وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحال عليه على سبيل التوثيق به واما شرطها فمذكورة في اثناء الكلام وكذا حكها وانواعها **قول** وهي جائزة بالديون الحوالة جائزة بالديون دون الاعيان اما الجواز فبدل عليه النقل والعقل اما الاول فماروى ابوداود

ابو داود في السنن وقال حدثنا القعيني عن مالك عن ابى الزناد عن الاعرج عن ابى هريرة رضى
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظم واذا اتبع احدكم على مليء فليتبع *
وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث باسنادة النى ابى هريرة رضى حديث
ابى هريرة حديث حسن صحيح ومعناه اذا احيل احدكم على مليء فليحتل امره بالاتباع
والاتباع بسبب ليس بمشروع لا يكون مأمور من الشارع فدل على جوازها * واما الثاني
فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة واما اختصاصها
بالديون فلانها تنبى عن التحويل لما ذكرنا والتحويل فى الدين لافى العين وتقديره الحوالة
تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور فى محول شرعي وهو الدين لانه وصف
شرعي فى الذمة يظهر اثره عند المطالبة فجاز ان يعتبره الشرع فى ذمة شخص آخر التزامه *
واما العين اذا كان فى محل محسوس فلا يمكن ان يعتبر فى محل آخر ليس هو فيه لان المحس
يكذبه فلا يتحقق فيه الا التقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه **قوله** ونصحه برضا المحيل
والمحتال والمحتال عليه شرط صحة الحوالة رضى المحتال لان الدين حقه وهو اى الدين
ينتقل فى الحوالة والذمم متغاوتة فلا بد من رضا ولا خلاف فى ذلك لاقبل العلم
واما رضى المحتال عليه فهو شرط عندنا * وقال الشافعي ربح ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط
وبه قال مالك واحمد ربح لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كمالو باع عبدا فانه لا يشترط
رضا لان الحق للمحيل عليه فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره كمالو وكل بالاستيفاء واما اذا
لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع * قلنا انه الزام الدين ولا لزوم بدون
الالتزام لا يقال الزام الحاكم باليمينه على المنكر الزام بدون الالتزام لان الحكم اظهر
لالتزام الالتزام واما رضى المحيل فقد شرطه القنطوري وعسى يعلل بان ذوى المروات
قد يألفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر فى الزيادات ان الحوالة
نصحه بدون رضا لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه والمحيل

لا يتضرر به بل فيه نفع لان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وعلى هذا يكون
فائدة اشتراط الرجوع عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري
ان يكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانها يكون اسقاطا لمطالبة
المحيل عن المحال عليه فلا يصح الا برضاة والظاهر ان الحوالة قد تكون ابتداءً وها
من المحيل وقد تكون من المحال عليه * والاول احالة وهي فعل اختياري لا يتصور
بدون الارادة والرضى وهو وجه رواية القدوري * والثاني احتمال يتم بدون ارادة المحيل
بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات * وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب
اليه الاثمة الثلاثة بناء على ان ايناء الحق حقه فله ايناء من حيث شاء من غير قسر عليه
بتعين بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية
الزيادات ليس على ما ينبغي **قوله** واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول
اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين * وقوله بالقبول متعلق
بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضاه من رضاه شرط فيها على ما تقدم * وقوله من الدين
اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشائخنا رحمهم الله * فان منهم من ذهب الى انها
توجب براءة ذممة المحيل عن المطالبة والدين جميعا * ومنهم من ذهب الى انها توجب
براءتها عن المطالبة ومنشاء ذلك ذكر محمد بن حاكم ما تدل على القولين فمما يدل على الاول
ما قال ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابرأ من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته
وابراؤه ولو بقي الدين في ذمته وجب ان يصح ولو ابرأ المحال عليه او وهب الدين منه
صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذممة المحال عليه وبراءة المحيل عنه * ومما يدل
على الثاني ان المحتال اذا ابرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كبراء الكفيل ولو انتقل
اصل الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرأ المحيل قبل الحوالة والاصيل
في الكفالة فان الابراء يكون تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد * ومنها

ومنها ان المحيل اذا نقد ما للمحتمل يجبر المحتمل على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال على قبوله * قالوا والاول هو الصحيح لانها تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله * وقيل الاول قول ابي يوسف رح والثاني قول محمد رح * والفائدة تظهر في الراهن اذا حال المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند ابي يوسف رح يسترده كما لو ابرأه عن الدين وعند محمد رح لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن وفي ما اذا ابرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند ابي يوسف رح لا يصح ابرأه بالحوالة وعند محمد رح يصح لبقاء الدين في ذمته ان المتحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف رح يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها لان انتفاء الدين بلامطالبة يستلزم وجود الملزوم بل لا لازم وهو ممتنع فاكتمل بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر رح لا يبرأ لان الحوالة كال كفالة لان كل واحد منهما عقد توثيق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن ابي ايملى رح ونقل ذلك عن مالك رح الكفالة كالحوالة لما ذكرنا وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو ان الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من الاشتراك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر لغة فان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس واذا حصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم وهو يقتضي بقاء ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية واعتبر بالحوالة بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مروا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجمايى والجواب اننا لانسلم ان لا نقل فيها فانه بعد اداء الدين ظاهر التحقق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء **قوله** والتوثيق باختيار الاملى جواب لزفر رح تقريره سلمنا ان كل واحد منهما عقد توثيق لكن براءة المحيل لا تنافي لان التوثيق يتحقق معها باختيار الاملى اي لا ندر على الابقاء

لبسطة سعة ذات اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مطالعة وهو في الحقيقة ينزل
 في الجواب بالقول بالموجب وقوله وانما يجبر على القبول جواب نقض يرد على قوله
 والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقديره لو صح ذلك لانتقل الدين
 من المحيل فصارا جنبياً منه فاذا انتده كان الواجب ان لا يجبر المحال على القبول اي
 لا ينزل منزلة القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحال والمقود ويكون المحيل اذ ذاك
 متبرعاً كالا جنبي فبادء الاجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقدير الجواب
 لانسلم ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعاً لو لم يحتمل عود المطالب اليه بالتوى
 وهو محتمل فلا يكون متبرعاً **قوله** ولم يرجع المحال على المحيل الا ان يتوى حقه هذا عطف
 على قوله برئ المحيل اي اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحال على
 المحيل بشيء الا ان يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي رح لا يرجع
 وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة اي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى
 وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك فلا يعود الا بسبب جديد
 كما في الابرأ وتأييد بما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به
 على آخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت علياً فقال ابعذك الله فابعدته
 بمجرد احتياله ولم يجوز له الرجوع فلما البراءة حصلت مطلقة لفظاً او مطلقاً والثاني ممنوع
 والاول مسلم لكن لا يفيد كم اجواز ان يكون مقيدة بدلالة الحال او العرف او العادة
 فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة بدلالة الحال لان المقصود
 من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثاني لانفس الوجوب لان
 الذمم لا تختلف في الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الابطاء فصارت سلامة الحق
 من المحل الثاني كالمشروط في العقد لكونها هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق
 الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى

اشترى شيئاً فهلك قبل القبض فانه ينسخ بنفسه العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك
لفظاً لما ان وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا يشير الى ان الحوالة تنسخ ويعود الدين
وهو عبارة بعض المشائخ وقوله او تنسخ الحوالة لغواته اي لغوات المقصود وهو السلامة
لانه قابل للنسخ حتى لو تراخيا على نسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فاته
المقصود منه ينسخ كالمشتري اذا وجد المبيع معيباً واختار رده فانه ينسخ البيع ويعاد الثمن
وان لم يشترط ذلك في العقد لما مر اشارة الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى ان الحوالة
تنسخ ويعاد الدين على المحيل فالمصنف رح جمع بين طريقتي المشائخ رحمهم الله
واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه
ما روي عن عثمان رضي الله عنه قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على
المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع
وعورض بان المحال وقت الحوالة مخير بين ان يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة
المحال عليه وبين ان يأبأها بقاء لحقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار احدهما
تعين عليه ولا يعود الى الآخر * كالمقصوب منه اذا اختار تضمين احدا الغاصبين ثم توي ما عليه
ثم يرجع على الآخر بشيء * وكالمولى اذا اعتق عبده المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد
ثم توي عابهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشيء والجواب ان قوله اذا اختار احدهما
تعين عليه اما ان يريد به شيئين احدهما اصل والاخر خلف عنه او كل منهما اصل * فان كان
الثاني فليس مما نحن فيه فقباضه عليه فاسد * وان كان الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما
تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار
الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاضافة نواء الحق الى وصف يقتضي ثبوته
فاسدة في الوضع **قوله** والتوى عند ابي حنيفة رح احد الامرين توي المال اذا تلف وهو
عند ابي حنيفة رح يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة فيخلف ولا يبيته

(كتاب الحوالة)

للمحال ولا المحمّل على المحال عليه لانه ح لا يقدر على مطالبة * واما ان يموت مفلسا لان العجز عن الوصول الى الحق وهو النوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما * اما في الاول فلما ذكرنا * واما في الثاني فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحال الرجوع على المحمّل لان براءة المحمّل كانت براءة نقل واستيفاء لبراءة السقاط فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع * وقالهذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بالفلسه بالشهود حال حيوته وهذا الاختلاف بناء على ان الافلاس بتقليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما فالانوى وهو العجز عن الوصول الى الحق فقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه فنصار كموت المحال عليه * وقال عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غادر ايسر وقد تقدم معناه في الكفالة فلم يكن كالموت ولومات المحال عليه فقال المحال مات مفلسا وقال المحمّل بخلافه ذكر في المبسوط والشافعي رح القول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة * يقال افلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي قضى بالفلسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة **قوله** واذا طالب المحال عليه المحمّل اذا طالب المحال عليه المحمّل بمثل الحوالة مدعيان قضاء دينه من ماله فقال المحمّل احلت بدني لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامر قد تحقق باقراره الا انه يدعي عليه دين وهو منكر فالقول قول المنكر والبينة للمحمّل فان اقامها بطل حق المحال عليه في الرجوع فان قيل لم لا يجوز ان يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه اجاب بقوله لانها قد تكون بدونه اي الحوالة قد تكون بدون الدين على المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه * وح يكون التقيد بالدين تقييدا بلا دليل واذا طالب المحمّل المحال بما حاله به فقال انما احلكت لتقبضه لي وقال المحال بل احلتي بدين كان لي عليك فالقول قول المحمّل فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحمّل انه حاله لتقبضه

ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل آجاب بقوله ولقطة الحوالة ومعناه ان دعواه تلك دعوا ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظه الحوالة تستعمل فيها مجاز المافى الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر **قوله** ومن اودع رجلا الف درهم اعلم ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة بالعين التي له في يد المحال عليه بالوديعة او العصب والثاني ان يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه * والمطلقة وهي ان يرسلها ارسالا لا يقيد هابدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وان كان له ذلك عليه او في يده او ان يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين ايضا * وهو على نوعين حالة ومؤجلا فالحالة هي ان يحيل المديون الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على المحال عليه كذلك لانها التحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التي على الاصيل والفرض انها كانت على الاصيل حالة فكذلك على المحال عليه وليس للمحال عليه ان يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة * والمؤجلة هو ان يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك * اذا عرف هذا فقله ومن اودع رجلا الف درهم واخال بها عليه اخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه ووديعة وقوله لانه اقدر على القضاء دليل جواز ذلك بوجهين * احدهما ان الاداء بها يتحقق من غير حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان اقدر * والثاني ان الوديعة حاصلة معينة لا تحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان اقدر على القضاء كان اولى بالجواز وكانت جائزة بالدين فلان تكون جائزة بالعين اجدرفان هلك الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شيء عليه لتقيد هابها اي لتقيد الحوالة بالوديعة لانه ما التزم

(كتاب الحوالة)

الاداء الامنها فيتعلم بها وتبطل بهلاكها كالزكوة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف
ما اذا كانت مقيدة بالمغضوب بان كان الالف مغضوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها
بيان لجوازها بالعين المغضوبة وانها اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغضوب اذا هلك
وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا فكان الفوات بهلاكه فواتا
الى خلاف وذلك كالفوات فكان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين
كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم وللمديون على آخر كذلك واحال المديون
الطالب على مديونه بالالف على ان يوفيه من الالف التي للمطلوب عليه فانها جائزة
وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين ودیعة كانت او غصبا
وبالدين ان لا يملك المحيل المحتمل عليه بذلك العين او الدين الذي قيدت الحوالة به
بعد هلالته تعلق به حق المحتمل فانه انما رضي بتقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفي حقه
مما للمحيل عليه او يده فتعلق به حق استيفائه واذا المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن
من اخذها ولو دفعها المودع او غيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير
على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن
لئلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء اشارة الى حكم آخر به يخالف
حكم الحوالة حكم الرهن بعدم اتفاق في عدم بقاء حق الاخذ للمحيل والراهن وهوان الحوالة
اذا كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا
سوى العين الذي له بيد المحال عليه والدين الذي عليه فالمحتمل اسوة للغرماء بعد موته
خلاف الزفر روح وهو القياس لان دين غرماء المحيل يتعلق بمال المحيل وهو صار اجنبيا
من هذا المال ولهذا لا يكون له ان يأخذه في حال حيوته فكذا بعد وفاته ولان المحتمل
كان اسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيقدم المحتمل
على غيره كالمرتهن فلنا العين الذي بيد المحتمل عليه للمحيل والدين الذي عليه لم يضر

لم يصرمملوكا للمحتال بعقد الحوالة لايداوهوظاهر ولا رتبة لان الحوالة ما وضعت للنقل
 فيكون بين الغرماء واما المرتهن فانه ملك المرهون يد اوحسباً فثبت له نوع اختصاص
 بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه **قوله** وهذا اشارة الى قوله
 ان لا يملك المحيل * وتقريره ما ذكرناه آنفاً وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها
 لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين او عليه من الدين لانه الضمير للشان
 لا تعلق لحق المحال به أي بما عند المحال عليه او عليه بل يتعلق حقه بدمته المحال عليه
 وفي الدمة سعة فأخذ ماله عنده او عليه لا يبطل الحوالة و على هذا ليس للمودع
 والغاصب ان يؤدى دين المحتال من الوديعة والغصب وللمحيل ان يأخذهما مع بقاء
 الحوالة كما كانت **قوله** ويكره السفائح السفائح جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي
 معرب اصله سفته يقال للشيء المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورتها ان يدفع
 الى تاجر ما لاقرضه الى صديقه وقيل هو ان يقرض انساناً ما لا يقضيه المستقرض
 في بلديريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط
 خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
 قرض جرتنعا * وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل
 انما اورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكتالة والحوالة فانها
 معاملة ايضا في الديون والله اعلم بالصواب

* كتاب ادب القاضي *

لما كان اكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي
 والقاضي يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب
 اسم يقع على كل رياضة محمودة يخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل قاله ابو زيد *
 ونحوه ان يعرف بانه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه * ولا شك ان القضاء بالحق من

(كتاب ادب القاضي)

اقوى الفرائض واشرف العبادات بعد الايمان بالله امر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله وسلامه عليهم اجمعين قال الله تعالى انا انزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم **قوله** ولا تصح ولاية القاضي لا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلنظ اسم المفعول واختاره علي المتولي بلنظ اسم الفاعل اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون اي المولى من اهل الاجتهاد * اما الاول يعني اشتراط شرائط الشهادة فلان حكم القضاء يستقضى اي يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهو تنفيذ القول على الغير شاء او ابى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة يشترط له شرائط الشهادة * لان ولاية القضاء لما كانت اعم واكمل من ولاية الشهادة او مترتبة عليها كانت اولى باشتراطها * وبما لوح المصنف بقوله يستقضى استعارة الاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا للقضاء وبالعكس فالعاقب اهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه لا يؤتمن في امر الدين لقلة صالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على ان العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا الى اهل ذلك العصر الذين شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة او غيره مثل الزنا وشرب الخمر لا يعزل اذ لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه اشار الامام البزدوي **قوله** وهذا اشارة الى ان استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب وروى عن الكرخي انه ينغرل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب ابى يوسف روح ويجوز

ويجوز ان يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار
 الطحاوي ان الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا والاول اظهر لقوله وعن العلماء الثلاثة
 في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي رح نانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا يقبل
 شهادته عنده وقيل هذا بناء على ان الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده
 فاذا فسق فقد انتقص ايمانه وقال بعض المشائخ رح اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل
 ففسق ينزل به لان المقلد اعتمد على الله في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها وكان
 التقليد مشروطا ببقاء العدة فينتقي بانتقائها واعترض بان قول الفقهاء البقاء اسهل
 من الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والاول ثابت
 لانه من مسلمات هذا الفن يمتني عليه احكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء
 بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتقي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق
 ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان
 معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روي ان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم
 وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة اميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز
 ذكره في باب موت الخليفة من شرح ادب القاضي والمعلق بالشرط ينتقي بانتقائه
 والفرق بين القضاء والامامة والامارة في ان الامام او الامير اذا كان عدلا وقت التقليد
 ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة ان مبنى الامارة على السلطة والقهر والغلبة
 الانبرى ان من الامراء من غلب وجاروا جازوا واحكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه
 وصلوا خلفه واما مبنى القضاء فانه على العدة والامانة واذا بطلت العدة بطل القضاء
 ضرورة والفاسق هل يصلح مفتيا قبل لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها
 وقبل يصلح لانه يخاف ان ينسب الى الخطاء فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط

الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على انه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق
 لا يصلح وقد ذكر محمد رَح في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا لكن الصحيح
 ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان
 له رأي فان لم يكن له رأي وسأل فقيها اخذ بقوله **قوله** واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا
 يحتمل ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا
 بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيئا
 من اقوال النحهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله خلافا للشافعي رَح فانه علله بقوله
 ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم ولم يقل دون الاجتهاد
 وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود بتحري غيره بالاتفاق فان الانسان
 لو صلب بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر ولنا انه يمكن ان يقضي بفتوى غيره
 لان المقصود من القضاء هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل من اجتهاد
 نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره احمد بن حنبل رَح في مسنده
 ان عليا رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا وانا
 حديث السن فقلت ترسلني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء فقال
 ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه
 يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط للجواز لان عليا رضي الله عنه حينئذ لم يكن من اهل
 الاجتهاد * نعم ينبغي للمقلد ان يختار الا تدرى والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد
 انسا ناعملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خلى الله ورسوله وجماعة المسلمين وهو حديث
 ثبت بنقل العدل عن العدل فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل
 فلا يقلد لمقلد عند وجود المجتهد العدل **قوله** وفي حد الاجتهاد اشارة الى معنى الاجتهاد
 اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه اصول الفقه وقد ذكرناه في التقريب مفصلا وحاصل ذلك

ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار * او صاحب
 فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه * والفرق بين العبارتين بين * وقيل
 وان يكون مع ذلك اي مع ما ذكرنا من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيدة
 خالصة عن التشكيكات المكذرة ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها الى المطالب
 بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح ان يكون سبيله من عرف او عادة فان من الاحكام
 ما يمتني عليها مخالفا للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك **قوله** ولا بأس بالدخول
 في القضاء ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه اذا اتولاه قام بما هو فرضه وهو الحق
 لان القضاء بالحق فرض امر به الانبياء صلوات الله عليهم اجمعين قال الله تعالى يا اود انا
 جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا عليه الصلوة والسلام انا انزلنا
 اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه انه يؤدي هذا الفرض فلا بأس
 بالدخول فيه لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه
 امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بالدخول في فرض الكفاية وان لم يكن واجبا
 فلا اقل من الندب كما في صلوة الجنابة وغيرها واجيب بانه كذلك الا ان فيه خطر الوقوع
 في المحذور فكان به بأس **قوله** ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز ومن خاف العجز عن
 اداء فرض القضاء ولا يأم على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه لئلا يصير الدخول
 فيه شرطا اي وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء * وانما عبر بلفظ الشرط لان اكثر
 ما يقع من الحيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا باخذ الرشاء وفي الغالب يكون ذلك
 مشروطا بمقدار معين مثل ان يقول لي علي فلان اوله علي مطالبة بكذا فان قضيت
 لي فلن كذا او كره بعض العلماء وبعض السلف الدخول فيه مختارا سوا وثقوا بانفسهم
 او خافوا عليها * وفسر الكراهة هنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في ادب القاضي ومنهم
 من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا ترى ان ابا حنيفة رجح دعي الى القضاء ثلث مرات

فابى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير
اصحابي فاستشارا بابيوسف رح فقال ابو يوسف رح لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه
ابو حنيفة رحمه الله نظر المغضب وقال ارأيت لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت اقدر عليه
وكاني بك قاضيا وكذا دعي محمد رح الي القضاء فابى حتى قيد وحس فاضطروا ثم تقلد فاستدل
المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء كنانا لم ينجح بغير سكين
رواه ابو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح
بغير سكين قال لان السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن
بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر وبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة
لكن في باطنه لانه هلاك * وكان شمس الائمة السجواني يقول لا ينبغي لاحد ان يزدرى
هذا اللط كى لا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكى ان قاضيا روي له هذا الحديث
فازدراه فل كيف يكون هذا ثم دعي في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق
بعض الشعر من تحت ذقنه ان عطس فاصاب بالهوسى والقي رأسه بين يديه * ثم قال المصنف
والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل لما روى الحسن عن ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله انه اذا قلد من غير مسئلة لا بأس بدفعه الى ترك عزيمته لانه قد يخطي ظنه فيما
اجتهد ولا يوقف له اذا كان مجتهدا ولا يعينه غيره عليه ولا بد من الاعانة ان كان غير مجتهد
قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون
واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلاح واسلم لدينه لانه يلتزم ان يتضي بالحق
ولا يدري ايندر على الوفاء به اولو في ترك الدخول صيانة لنفسه * وهذا اذا كان في البلد
غيره من يصلح للقضاء فاما اذا كان هو الاصل لا غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة
لحق العباد في حقوقهم واخلاء للعالم عن الفساد في الحدود والتصاص فاذا كان
في البلد قوم صالحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه انما اذا كان السلطان

السلطان بحيث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى تلد جاهل اشتركوا في الائم
لادائه الى تضييع احكام الله تعالى **قوله** وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسأل لها من يصلح
للقضاء ينبغي له ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسأل لها بلسانه لما روى انس بن مالك
رضي الله عنه من قواه على الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه
نزل عليه ملك يسدده * وكل بالتخفيف اي فوض امره اليها ومن فوض امره الى نفسه
لم يهتد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء ولان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه
وورعه وذكاءه واعجبته نفسه فيحرم التوفيق وينبغي ان لا يشتغل المرء بمطلب مال الوال يحرم
به وان اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالاكره علي ما لا يحبه وبرضاه
وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق **قوله** ثم يجوز التقليد
تفريع على مسئلة القدوري بين انه لا فرق في جواز التقليد لاهله بين ان يكون المولي
عائدا او جائرا فكمما جاز من السلطان العادل جاز من السلطان الجائر وهذا لان الصحابة
رضوان الله عليهم اجمعين تقلدوا القضاء من معاوية رضي الله عنه وكان الحق مع
علي رضي الله عنه في نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر رضي الله عنه * وانما قيد
بقوله في نوبته احترازا عما يقوله الرواض ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعمر
وعثمان رضي الله عنهم اجمعين وليس الامر كما قالوا بل اجمع الامة من اهل العقد
والحل على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضع باب الامامة في اصول الكلام * وعلماء
السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الآفاق وقوله الا اذا كان
لا يمكنه من القضاء استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر فانه اذا كان لا يمكنه
من القضاء لا يحصل المقصود بالتقليد فلا فائدة لتقلده بخلاف ما اذا كان يمكنه **قوله** ومن
تولي القضاء يسلم ديوان القاضي الذي كان قبله من تولي القضاء بعد عزل آخر يسلم ديوان
القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر

والصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها هي السجلات وغيرها انما
وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء والا
لا يفيد وسمها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكير والبينة حجة لانها تؤول اليها
بالتذكير* ثم البياض اي الذي كتب فيه الحادثة وورقا كان او غير ورق لا يخلو عن امور
ثلاثة اما ان يكون من بيت المال او من مال الخصوم او من مال القاضي الاول* فان كان
الاول فوجه تسليم القاضي اياه ظاهر وكذا ان كان من مال الخصوم في الصحيح
لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى الموالي وكذا ان كان من مال القاضي
وهو الصحيح لانه اتخذته تدبيرا لا تمولا* وقوله في الصحيح في صورتين احتراز عما قاله بعض
المشائخ ان البياض ان كان من مال الخصوم او مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه
لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح فيهما ما ذكرنا لما ذكر **قوله** ويبعث امينين بيان لكيفية
التسلم وهو ان يبعث المتولي رجلين من ثقاته وهو حوط والواحد يكفي فيقبضها بحضرة
المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة على حدة ثلثا يشبه
على الموالي وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول لا يشبهه
على ما يحتاج اليه وقت الطلب واما الموالي فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجمعة
بشبهه على الموالي فلا يصل الى المقصود وقت الحاجة او يتعسر عليه ذلك وهذا السؤال
اي سوال المعزول لكشف الحال لا لالزام فانه بالغزل التحق بواحد من الرعايا
فلا يكون قوله حجة ومتى قبض ذلك يختمان على ذلك احتراز عن الزيادة والنقصان
قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على ان السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى
الى المفعول الثاني بعن وههنا ليس كذلك واجيب بان المفعول الثاني مخذوف
وتقديره ويسألان المعزول عن احوال السجلات وغيرها* وقوله شيئا فشيئا منصوب بعامل
مضمربدل عليه قوله ويسألانه اي يسألان شيئا فشيئا عنها وليس بشيء لان الكلام في الثاني

الثاني كالكلام في الاول * والاولى ان يجعل حالا بمعنى منفصلا كما في قوله بينت له حسابه بابابا **قوله** وينظر المولى في حال المحبوسين بان يبعث الى الحبس من بحصيتهم وبأثبه باسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرًا لأمور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اعترف بحق الزمة اياه وحسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار وكلي الواجد يحل عرضه وعقوبته اي حبسه * ومن انكر ما يوجب الحبس لم يقبل قول المعزول عليه الا بالبينه لما تقدم انه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما اذا كانت على فعل نفسه فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود رد هم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا وكذلك وان لم تقم اولم يحضر خصم وادعى المحبوس ان لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه ايا ما اذا جلس يقول المنادي ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني فليحضر فان حضروا الا فمن راي القاضي ان يطلقه * فان لم يحضر لرجل منهم خصم اخذ منه كفيلًا بنفسه واطلقه لان فعل المعزول حق ظاهر لا يعجل بالتخليه ويستظهر امره لتلايؤدي الى ابطال حق الغير لجواز ان يكون له خصم غائب يدعي عليه اذا حضر * وان شق لا يخفى رحمه الله بين اخذ الكفيل ههنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلًا على ما سياتي ان في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تاخير المحقق لامر موهوم واما ههنا فان الحق للغائب ثابت بيقين نظرًا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا يكون الكفيل لامر موهوم * وقيل اخذ الكفيل ههنا ايضا على الخلاف فلا يحتاج الى الفرق وذكر في المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه * وان قال لا كفيل لي اولا اعطي كفيلًا فانه لم يحب علي شيء نادى عليه شهرا ثم خلا لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتاط

بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهر **اقرله** وينظر الموالي في الودائع وارتفاع الوقوف
لانه نصب ناظر في امور الناس فيعمل في المذكور على حسب ما يقوم به المينة او باعتراف
من هو بيده لانه لا بد لعدله من حجة وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة
الان يعترف ذواليدان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذي اليد ثبت
ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرارا لمعزول به كانه بيده في الحال ولو كان بيده عيانا صح
اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع الا اذا بدأ ذواليد بالاقرار
لغير من اقرله القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره
الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة اوجه
وذلك لان من بيده المال اما ان يقرب شي مما اقرب المعزول او يحدد كله * فان كان الثاني
فالتقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شي * وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضي
الي وهو لفلان بن فلان من اقرله القاضي وهو المذكور في الكتاب ولا تبغيله فاما ان يقول
دفعه القاضي الي ولا ادري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل *
واما ان يقول دفعه الي وهو لفلان غير من اقرله القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع
من القاضي فقد اقرب ليدله فصار كان المال في يده لما مر ثم اقرانه لفلان وهو لا يصح * واما ان يقول
هو لفلان غير من اقرله القاضي ودفعه الي القاضي وهو المذكور في الكتاب آخر وحكمه
ان المال يسلم الى المقر له او لا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم
الي المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا * وهذا لان اقراره الاول
لما صح وجب تسليم المال الي المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الي القاضي وهو يقول لفلان
آخر فقد اقران اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من اقرله القاضي اتلف المال على من
اقرله القاضي فكان ضامنا للمثل او القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره من الصدر والشهيد
وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما ان يبطل ما بعده او لا وعلى كل واحد من التقديرين

التقديرين يلزم النسوية بين ما بدأ باليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالاقترار
للغير بشمول الضمان او شمول العدم ولم ارا احدا ذكر الضمان للمقر له ثانيا في الوجه
الرابع ويمكن ان يجاب عنه بان الاقرار الاول ان كان باليد يختار ابطال ما بعده والا فلا
وذلك لان الاقرار ممن لا يده بصدوره عن الاجنبي عن المقر به فاسد فاذا اقر باليد
لشخص ثم اقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره عن من لا يملكه واذا اقر بالملك
لغيره بما في يده صح اقراره ثم بالاقترار باليد لغيره يريد ان يبطل الاول وليس له ذلك لانه
اقرار في حق غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه بالتلاف حقه باقراره
لغيره في وقت يسمع منه ذلك **قوله** ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد الحاكم يجلس
للتضاء جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يستر مكانه على الغرماء وبعض المقيمين * وروي عن
ابي حنيفة رحمه الله انه قال والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وارفق بالناس * قال الامام
علي البزدوي رح وهذا اذا كان الجامع في وسط البلدة واما اذا كان في طرف منها يختار
مسجدا في وسطها لئلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعي
رحمه الله بكرة الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس بقوله تعالى
اِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد * وفصل
مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل
الخصومة ولم يكره الاول وكره الثاني ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال انما
بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة
في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء
بالحق من اشرف العبادات فجاز في المسجد كالصلوة **قوله** ونجاسة المشرك جواب عن دليل
الشافعي رح وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان ينادي اياه في المسجد فلا يمنع من دخوله اذ لا يصيب الارض منه والحائض

يخبر بها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها
 وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة فإن قيل يجوز أن يكون الحائض
 غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها فلما الكفار ليسوا بمخاطبين
 بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها ولو جلس القاضي في دارة لا بأس بذلك قال الإمام
 فخر الإسلام إذا كان دارة في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فإذا جلس فيها يأن للناس
 بالدخول فيها لأن لكل أحد حق في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس معه ولو جلس
 في المسجد حتى يكون أبعد من التهمة أو في الجلوس وحده تهمة الظلم واخذ الرشوة **قوله** ولا يقبل
 الهدية إلا من ذي رحم محرم الحاكم لا يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم لداوود من جرت
 عادته بالمهاداة قبل القضاء أما أنه لا يقبل الهدية فلأنه من جواب القضاء إذا لم يكن على صفة
 المستثنى وهو حرام والأصل في ذلك ما روى البخاري بإسناد إلى عروة بن الزبير عن أبي حميد
 الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً من الأزد يقال له ابن الأتية على
 الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال صلى الله عليه وسلم فهل لا جلس في بيت أبيه
 أو بيت أمه فليظرا يهدي له أولاً * واستعمل عمر رضي الله عنه أباه ربيعة رضي الله عنه فقدم
 بمال فقال من ابن لك هذا قال تلتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال أي عدو الله
 هلا فعدت في بيتك فتظرا يهدي لك أم لا فآخذ منه ذلك وجعله في بيت مال فعرفنا أن
 قبول الهدية من الرشوة إذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذي رحم محرم لا خصومة له فلأنه
 من جواب القرابة وهو مندوب إلى صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ
 الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهادة قبل القضاء وإن لا يكون * وعبرة النهاية تدل
 على أن المهادة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي وأما القبول ممن جرت عادته
 قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فلأنه ليس بكل على القضاء بل هو جرى على العادة
 حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل أن المهدي للقاضي إما أن يكون ذا خصومة

ذاخصومة او لا والاول لا يجوز قبول هديته مطلقا اي سواء كان قريبا او مهادا قبل القضاء
 اولم يكن * والثاني اما ان يكون قريبا او ممن جرت له العادة بذلك او لا والثاني كذلك
 لانه اكل على القضاء فيتحاماه والاول يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد
 وقال الامام فخر الاسلام رح ان زاد على المعتاد عند ما زاد ما لا بقدر ما زاد في المال لا بأس
 بقبوله * ثم ان اخذ القاضي ما ليس له اخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ رح * فبعضهم قالوا
 يضع في بيت المال * وعامتهم قالوا يريد هاهنا ان اربابها ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير
 وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد متعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم
 اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما اهدي اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب
 عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم ولا يحضر القاضي دعوة الا ان تكون
 عامة تيل وهي ما يكون فوق العشرة ومادونه خاصة * وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى
 ذلك خاصة وذكرا المصنف رح ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف ان القاضي
 لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واطلاق انظر القدوري لا يفصل
 بين القريب وغيره وهو قول البيهقي وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد رح انه يجب
 دعوة القريب وان كانت خاصة بالهدية * قيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث
 جوز قبول هدية ذي رحم محرم ولم يجوز ا حضور دعوته ان ما قالوا في الضيافة محمول
 على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهادة قبل القضاء وانما حدث بعده وما ذكرنا
 في الهدية محمول على ما اذا كان بينهما مهادة قبل القضاء صلة للرحم وذكرا صدر
 الاسلام ابو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي ان لا يجب القاضي
 دعوته وان كانت عامة لانه يؤدي الى اداء الخصم الاخر الى التهمة **قوله** ويشهد
 الجنائز و يعود المريض الحاكم يشهد الجنائز و يعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم
 قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم سنة حقوق روى ابو ايوب رضي الله عنه

(كتاب ادب القاضي)

قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ستة خصال واجبة
 ان ترك خصلته او شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذ اعاه ان يجيبه واذا مرض
 ان يعود واذ امات ان يحضره واذ اتقيه ان يسلم عليه واذ استنصحه ان ينصحه واذ اعطس
 ان يشمته كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف احد الخصمين لانه صلى الله عليه وسلم
 نهى عن ذلك وروي عن علي رضي الله عنه انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم
 ان نضيف الخصم الا ان يكون خصمه معه ولان الضيافة والخلة تورث التهمة **قوله**
 واذ احضرا سوى بينهما اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي وان كان احدهما من ولاه
 والآخر فقيرا او كافا او ابنا سوى بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على الارض لانه
 لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي ففات التسوية ولو اجلس احدهما
 عن يمينه والآخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل السلطان الى القاضي
 فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه
 ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يتضي بينهما لئلا يكون منفصلا لا حد الخصمين
 على الآخر * وفيه دليل على ان القاضي يجوز له ان يحكم على من ولاه وكذلك
 يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا
 ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة **قوله** ولايسار احدهما ولا يشير اليه لا يكلم
 القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا برأسه ولا بحاجبه ولا يلقنه حجة ولا يضحك
 في وجهه لان في ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر القلب الآخر فينجيه
 عن طلب حقه فيتركه وفيه اجترأ من فعل به فلان على خصمه ولا يمازحهم ولا واحد منهم
 لانه يذهب بمهابة القضاء وينبغي ان يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس من التقدم بين يديه
 في غير وقته ويمنعهم من اساءة الادب فيقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز
 من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمتدارعين من القاضي

القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس **قوله** ويكره تلقين الشاهد تلقين الشاهد وهو ان يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول له اتشهد بكذا وكذا مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول ابي يوسف رح الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضاء مشروع لاجلاء حقوق الناس وربما يحصر الشاهد عن البيان ببهاة مجلس القاضي فكان في التلقين احياء للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكثير واما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعي الفاء وخمسائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد بالالف فالقاضي ان قال يحتمل انه ابرأ الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووقف في شهادته كما وقف القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق * وتأخير قول ابي يوسف رح يشير الى اختياره المصنف رح * والاشخاص هو ارسال الرجل لا حضار الخصم

* فصل في الحبس *

لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افردة في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى او ينفوا من الارض فان المراد به الحبس * وبالسنة وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم حبس رجلا بالتهمة خلا انه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد او والد هليز حيث امكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه احدث السجن بناء من قصب وسماه نافعا فقبه اللصوص فبنى سجنهم من مدر فسماه مخبئا * ولان القاضي نصب لا يصل الحقوق الى مستحقها فان امتنع المطلوب من اداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان يجبره على الاداء ولا خلاف ان لا جبر بالضرب فيكون بالحبس **قوله** واذا ثبت الحق عند القاضي اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلوا ما ان ثبت بالاقرار وبالبيينة فان كان الاول لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزء الماطلة فلا بد من ظهورها

(كتاب ادب القاضي — * فصل في الحبس *)

وإذا ثبت الحق باقراء لم يظهر كونه مما طلاني أول الامر لان من حجته ان يقول ظننت انك تمهلني فلم استصحب المال فان اتيت او فيك حثك فان امتنع بعد ذاك فقد ظهر مطله فيحبسه *
وان كان الثاني حبسه كما ثبت بظهور المماثلة بانكاره * وروي عن شمس الأئمة السرخسي عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة كان لدا ان يعتذر ويقول ما علمت له ديناً عليّ فاذا علمت الآن لا اتواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدور في حق الحبس يحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجازي به *
والمحبوس في الدين لا يخرج بمجيء رمضان والفرط والاضحى والجمعة وصلوة مكتوبة وحنة فريضة وحضور جنازة بعض اهله وموت والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقاماً بغيره وفي الخروج تنويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين وليس في هذا القدر كثير ضرر بالطالب * وان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع لتضجر قلبه فيسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر وان لم يكن له خادم اخر جوة لانه اذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه * ولواحتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته وجاريتها فيطأهما حيث لا يطالع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج * وقبل الجماع ليس من اصول الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام * ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده **قوله** فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا فان امتنع الغريم عن اداء ما عليه حبسه اذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وانكراه المدعي اختلف المشائخ رحمهم الله تعالى في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي وقد ذكر القدر وري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف رح علي ذلك بقوله لانه

لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يزول
 بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختباره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على
 ادائه وهذا يوجب تسوية بين ما اذا كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج منه ما لم يكن
 دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سند كره والمراد بالمهر معجمله دون مؤجله لان العادة جرت
 بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته قال القدوري ولا يحبس
 في ما سوى ذلك يعني ضمان الغصب وارش الجنائيات اذا قال اني فقير لانه لم يوجد دلالة
 اليسار فيكون القول قول من عليه الا ان يثبت المدعي ان له مالا بينة فيحبسه وروى الخفاف
 عن اصحابنا رحمهم الله ان القول قول المدعي عليه في جميع ذلك اي ما كان بدلا
 عن مال وما لم يكن لان الاصل هو العسرة اذا ادعى يولد ولا مال له والمدعي يدعي
 عارضا والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه وكان القول قول المدعيون
 مع يمينه وروى ان القول له الا في ما بدله مال وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف رح
 لانه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي * وما لم يكن بدله
 مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك فالقول قول المدعي عليه لانه لم يدخل في ملكه شيء
 ولم يعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلثة اقوال وفي المسئلة
 قولان آخران احدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعي عليه
 كما في نفقة المحارم * والآخران يحكم الزمي ان كان زمي الفقراء كان القول له وان كان
 زمي الاغنياء كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم
 يتكلفون في الزمي مع احتياجهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزمي فيهم
 دليل اليسار وقوله النفقة بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المرأة
 اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه
 نفقة المعسرين فالقول قول الزوج * وفي كتاب العتاق ان احدا الشريكين اذا اعتق نصيبه

(كتاب ادب القاضي — * فصل في الحبس *)

من العبد وزعم انه معسر كان القول له وهاتان المسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين
 الاخيرين اما تايدهما للزعي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول
 قول الزوج والمولى مع انهما باشراعتد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكره ولا كان القول
 قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار * واما تايدهما للذي كان القول لمن عليه
 الا في ما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول
 من عليه فعلم ان الصحيح هو القولان الاخيران وقوله وتخرىج على ما قال في الكتاب يعني
 التدويري جواب عن المسئلتين نصرته للمذكور فيه وتقديره انه اي النقطة على تاويل الاتفاق
 ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح
 وهو مالا يستطاع الا ببراء من له او بايفاء من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة رح
 وحينئذ لا يرد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال
 او لزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه
 اذا علم انه لا يحصل الخلاص منه في حيوته ومماته من جهته الا بالايفاء والاقدام عليه
 دل على انه قادر عليه ثم في ما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا وثبت ذلك بالبينة
 في ما كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلاثة ثم يسأل جيرانه واهل حرفته
 عن يساره واجساره اما الحبس فظاهر وظلمه بالمطل في الحال واما توقيته فلانه لاظهار
 ماله ان كان يخفيه فلا بد من مدة لتفيد هذه الفائدة فقد ربما ذكرنا ويروي غير التقدير
 بشهرين وثلاثة بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر اجل قال شمس الائمة
 الجلوائي هو ارفق الا فويل في هذا الباب وروي الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله اربعة اشهر
 الى ستة اشهر والصحيح ان شئ من ذلك ليس بمقدر لازم بل هو مفوض الى رأي
 القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من تضجر في السجن في مدة قليلة
 ومنهم من لا تضجر كثير تضجر بمقدار تلك المدة التي تضجر الآخرون وقع في رأيه ان هذا

هذا الرجل تضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر به سأل عن حاله فان سأل عنه فقامت بيعة على عسرته اخرجته القاضي من الحبس ولا يحتاج في البيعة الى انظر الشهادة والعدد بل اذا اخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان احفظ اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب العسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البيعة فان شهد شاهدان انه معسر خلي سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان اليسار بعد الاعسار امر حادث فيكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي وان استخلف المطلوب الطالب على انه لا يعرف انه معسر حلفه القاضي فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعدما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالا عسار شهادة بالنفي وهي ليس بحجة فللقاضي ان يعمل برأيه ولكن لو سأل كان احوط * قيل محمد بن محمد الله قبل البيعة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر القضاء بدلان الشهود لم يشهدوا بمقدارة ولم يقبل في ما اذا انكر المشتري جوار الشفع وانكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فاقام الشفع بيعة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يمينوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يقضي بهذه البيعة فما الفرق بينهما واجيب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما يكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشهادة على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما قوله فان لم يظهر له مال فان لم يظهر للمحبوس مال بعد مضي المدة التي رآها القاضي برأيه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشائخ رحمهم الله كشهر وشهرين او اربعة على ما تقدم خلي سبيله لانه استحق النظر الى الميسرة بقوله تعالى وَاِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ اِلَى مِيسْرَةٍ فَكَانَ الْحَبْسُ بَعْدَهُ ظُلْمًا وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعد مضي المدة متعلقا بقوله خلي سبيله فقال

(كتاب ادب القاضي — * فصل في الحبس *)

المفهوم من كلامه انه لا تخلية مالم تمض المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكرنا
 في نسخ ادب القاضي وقالوا واذ ثبت اعساره اخرج من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد
 عليه شيء من ذلك ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة بان اخبر واحد ثقة
 او اثنان او شهد شاهدان انه مغلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله
 وقد اخبرنا مرة سراً وعلانية فغلبه روايتان تقبل في رواية ولا تقبل في رواية الاصل وعليها
 عامة المشائخ وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد ربح فيه روايتان في رواية لا يحبس
 وبه كان يفتي الشيخ الجليل ابو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن حماد بن
 ابي حنيفة رحمهم الله وفي اخرى وعليه عامة مشائخ ما وراء النهر انه يحبس ولا يلتفت
 الى هذه البينة لانها على التقي ولا تقبل الا اذا تايدت بمؤيد وقبل الحبس ما تايدت
 واذا حبس فمضت مدة فقد تايدت به اذا ظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة
 الحبس لا يتحملها قال في الكتاب اي القدوري خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه
 وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس في الملازمة هل
 للطالب ذلك ام لا وسند كره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى وذكر
 في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسراً
 ابد حبه وان كان معسراً خلي سبيله وهذا بظاهرة يناقض ما ذكر في اول الفصل ان الحق
 اذا ثبت بالاقرار لا يحبس اول وهلة فيحتاج الى تاويل ولهذا ذكره المصنف تاويله
 بقوله ومراة اي مراد محمد رحمه الله اذا اقر عند غير القاضي او عدة مرة قبل ذلك
 فظهرت مما طلته وهذه الرواية تصلح ان تكون معتمد شمس الائمة السرخسي فيما نقل
 منه من العكس كما تقدم في اول الفصل او يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر
 هو **الناويل قوله** والحبس او لا يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس اولا
 ومدته ما بيناه ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكرها فلا نعيد **قوله** ويحبس الرجل

الرجل في نفقة زوجته اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصطالحا على مقدار فلم ينفق عليها فرفعت الى الحاكم حبسه ظهور ظلمه بالامتناع ولا يحبس والدي دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحمد والقصاص قال الله تعالى وَلَا تَقْلُ لَهُمَا آفَ وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا وَخَفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذِّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ اِذَا اِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ لَانْ فِيهِ أَحْيَاءُ وَلَدَهُ فِي تَرْكِ دَعْوَى فِي هَلَاكِهِ وَبُحُورَانِ يَحْبِسُ الْوَالِدَ لِمَتَصَدِّهِ تَلَا ف وَلَدَهُ * وَلَانِ النِّفْقَةُ تَسْقُطُ بِبُضْيِ الْمُدَّةِ فَلَا يُمْكِنُ تَبَادُلُهَا وَسَائِرُ الدِّيُونِ لَمْ تَسْقُطْ بِهِ فَافْتَرَقَا * وَكَذَا لَا يَحْبِسُ الْمَوْلَى بَعْدَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَإِنْ كَانَ حَبْسٌ لَانِ ذَلِكَ لِحَقِّ الْغُرْمَاءِ * وَكَذَا الْعَبْدُ مُوْلَا لَانَهُ لَا يَسْتَوْجِبُ دِينَا عَلَيْهِ * وَكَذَا الدِّينُ مَكَاتِبُهُ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ بَدَلِ الْكِتَابَةِ لَوْ قَوَّعَ الْمُقَاصَّةَ وَإِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ لَا يَقَعُ الْمُقَاصَّةُ وَالْمَكَاتِبُ فِي حَقِّ اكْسَابِهِ بِمَنْزِلَةِ الْحَرِّ فَيَحْبِسُ الْمَوْلَى لِأَجَلِهِ * وَكَذَا الْمَكَاتِبُ لَدَيْنَ الْكِتَابَةِ لَتُمْكِنُهُ مِنْ اسْتِطَاعَةٍ فَلَا يَكُونُ بِالْمَنْعِ ظَالِمًا وَيَحْبِسُ فِي غَيْرِهِ لَانَهُ لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْفَسْخِ بِسَبَبِ ذَلِكَ الدِّينِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ * وَقِيلَ يَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمَا لَانَهُ مُمْكِنٌ مِنْ تَعْجِيزِ نَفْسِهِ فَيَسْقُطُ بِهِ الدِّينُ عَنْهُ كَدَيْنِ الْكِتَابَةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ *

* باب كتاب القاضي الى القاضي *

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا لان السجن يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين * والقياس يابى جواز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير ان الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم لانه جوز الحاجة الناس لما روي ان عليا رضي الله عنه جوز له لذلك وعليه اجمع الفقهاء **قوله** ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندري بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلاً والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان يشهدوا

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

على خصم اولا وتكبره يشير الى انه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتج الى الكتاب ولا بد منه لتلايقع القضاء على الغائب فالمراد به كل من يمكن ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافق رأيه او خالفه لاتصال الحكم به واما الثاني فان وافقه نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهي ان يكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسند كرماء اياها ان شاء الله تعالى وقوله وجوازه هو الموعود بقوله على ما نبين وهو يشير الى ان جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المنطوق وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا يجوز الكتاب الى القاضي لذلك * ولا يبرأ بالمباشرة القياس لما تقدم انه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في منطوق الاستحسان وقوله يعني قول القدر وري في الحقوق بدرجة تحت الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المحجودة والمضاربة المحجودة لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكذا في ما كان بمنزلة **قوله** وهو يعرف اي الدين يعرف بالوصف يشير الى ثلثة اشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انها تعرف بالوصف لا تحتاج الى الاشارة واعتراض بان ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذا في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية واجيب بان الاشارة الى الخصم شرط

كتاب ادب القاضي -- * باب كتاب القاضي الى القاضي * (

شرط في ما ذكرته وهوليس يمدعى به وانما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال * الا ترى ان الاشارة الى الدائن والمدين لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بما نفع بالاجماع ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبد والجواري واستحسن ابو يوسف روح في العبيد دون الاماء لعلية الاباق في العبيد دون الاماء فان العبد يخدم خارج البيت والامة تخدم داخل البيت غالبا وعنه اي عن ابي يوسف روح انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه يعنى الكتب المبسوطة وشروح ادب القاضي * وصنفه ذلك بخاري ابق له عبد الله سمرقندي فاخذ سمرقندي وشهود المولى بخار اطلب من قاضي بخارا ان يكتب بشهادة شهوده عنده يجيب الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد الذي من صنفه كيت وكيت ملك فلان المدعى وهو اليوم بسمرقندي فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقندي فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده ليشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعى ولا يقضى به له لان شهادة شاهدي الملك لم يكن بحضرة العبد وبأخذ كفيلا من المدعى بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص ككيلا يتهم المدعى بالسرقته ويكتب كتابا الى قاضي بخارا ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخارا وشهدا بالكتاب وختمه امر المدعى باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله * وفي رواية عن ابي يوسف روح ان قاضي بخارا لا يقضي بالعبد للمدعى لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي سمرقندي فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

وختمه وما فيه ويبيعت بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له به بحضرة المدعي عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل * وصفة الكتاب في الجوارى صفته في العبد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي لكنه يبعث بهامعه على يد امين لتلاطها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه * ولكن ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا او يستغله ويأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر لعبد لغيره لان الحلية والصفة تشبهان فان المختلفين قد يتفقان في الحلي والصفات فلاخذ بالقياس اولى وعن محمد رح انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المناخرون وهو مذهب مالک واحمد والشافعي في قول رحمهم الله **قوله** ولا يقبل الكتاب الابشهادة الرجلين لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة رجلين او رجل وامرأتين اما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها وما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يستقط بالشبهات وهو مما يطالع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق * وكان الشعبي رح يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بيينة قيا سا على كتاب اهل الحرب واجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستيمان يعني اذا جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير بيينة حتى لو آمنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام رأيا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بيينة لان الانزام على الحاكم ليس بالتركية بل هو بالشهادة الا يرى انه لو قضى بالشهادة بلا تركية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قبل قد يشير الى ان رسول القاضي الى القاضي غير معتبرا صلا في حق لزوم القضاء عليه ببيينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله واتحادهما في عدمه لان القياس يابى جوازهما وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد في موضع
القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة * واما الرسول فقائم مقام المرسل
والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد
من الرعايا **قوله** ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه شرط ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب ان يقرأ الكاتب كتابه عليهم
ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة
قال الله تعالى الْأَمْسُ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ويختم بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كيلا
يتوهم التغير اذا كان بغير ختم او بيد الخصم وهذا قولهما وقال ابو يوسف رح انه يدفع الكتاب
الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على
حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يتقبل الكتاب عندهما وقال ابو يوسف رح
آخر شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا اشهدهم القاضي ان هذا كتابه وخاتمه فشهدوا
على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل
في ذلك لما ابتلي بالقضاء واما قال آخر الان قوله الاول مثل قول ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
واختار شمس الايمه السرخسي قول ابي يوسف رح تيسيرا على الناس **قوله** واذا وصل
الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي
الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه * فاذا وصل الكتاب اليه
لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم
فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم
بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع قال ابو يوسف رح يقبله من غير
حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع
بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به **قوله** فاذا سلمه الشهود اليه

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فان شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزعم بما فيه وهذا عند البيهقي ومحمد بن محمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح اذا شهدوا انه كتاب فلان وختمه قبله وفتحه على ما امر الله لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فان شهدوا وعدوا قال المصنف رح والصحيح انه يفيض الكتاب اي يفتحه بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاص لان اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم يشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فاما اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك * وهذا يرى انه دور ظاهر فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم يظهر فاما ان لم يكن شرطا فكما ادوا الشهادة جاز فضها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب ان لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة الشهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن * وقد استدل على ذلك بان فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل الكتاب لانه ولعل الاصح ما قاله محمد رح من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كما نقله الصدر الشهيد في المغني والمكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او خرج عن اهلية القضاء بجنون او اغماء او فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشائخ رح قبل وصول الكتاب او بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب * وقال ابو يوسف رح في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي رح لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنه بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء وانه

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

واندلا يمنع القضاء * ولنا القول بالموجب وهو ان الكاتب وان كان نافلا الا ان هذا النقل له حكم القضاء بدليل انه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظ الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل بسماع البينة وما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه يوجب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاضية اذ امات القاضي قبل اتمامها واستدل المصنف رح بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاض آخر في غير عمله او في غير عملهما وهذا ظاهر في ما اذا عزل امافي الموت او الخروج عن الاهلية فليس بظاهرا لان الميت والمجنون لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى اهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج عن اهليته اولى وكذا الومات المكتوب اليه بطل كتابه وقال الشافعي رح يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين * ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانتها والقضاة يتفاوتون في اداء الامانة فصاروا كالامانة في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل احد فكذا هنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرطوه وان يكون من معلوم الى معلوم ثم صبر غيره تبعاله بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عندنا بئحقيقه رح * وقيل الظاهر ان محمدا رح معدلانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما مر وهو رد لقول ابي يوسف رح في جواز فانه حين ابتلي بالقضاء وسع كثير اتسهلا للامر على الناس ولومات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والتصاص وقال الشافعي رح

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

في قول يقبل لان الاعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما ولان مبناهما على الاستقاء وفي قبوله سعي في اثباتهما والله اعلم

* فصل آخر *

قال في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلاً اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتياجه الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به * وهذا يدل على ان الفصل من تنمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قوله آخرينا في ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى ان يجعل هذا فصلاً آخر في ادب القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر **قوله** ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والنصاص قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والنصاص اعتباراً بشهادتها وقد مر الوجه في اول ادب القاضي ان حكم القضاء يستثنى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلاً للشهادة يكون اهلاً للقضاء وهي اهل للشهادة في غير الحدود والنصاص فهي اهل للقضاء في غيرهما * وقيل اراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على ان ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما وشهادتهما كذلك كما سيجي وقضاؤها مستفاد من شهادتها وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء بعذر وبغيره الا ان يفوض اليه ذلك لانه قد اذن القضاء دون التقليد به اي بالقضاء فصار كالوكيل لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يجوز له ان يستخلف لان اداء الجمعة على شرف القواف لتوقته بوقت يفوت الاداء بانقضائه فكان الامر به من الخليفة اذ نابا بالاستخلاف دلالة لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلما افتتح الامام الاول الصلوة

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

الصلوة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد ما جاز لان المستخلف بان لا مفتتح واعترض
 بمن افسد صلوته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة ولم يشهد الخطبة
 واجيب بانه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة وارى
 ان الحاقه بالباني لتقدم شروعه في تلك الصلوة اولى فتأمل **قوله** ولا كذلك القضاء
 اي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر * فمن اذن بالجمعة
 مع علمه انه قد يعترض له عارض يمنعه من اداؤها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف *
 بخلاف القضاء فلو فرضنا انه استخلف وقضى الثاني بمحض من الاول وقضى الثاني
 عند غيبة الاول فاجازه الاول جاز اذا كان من اهل القضاء كما في الوكالة فان الوكيل
 اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول او اجازة الاول جاز وقوله لانه حضره
 رأي الاول يصلح دليلا للمستثنين اما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضي بقضاء حضره
 رأي القاضي وقت نفوذه لاعتداده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي او اجازة قضاء
 حضره رأي القاضي فيكون راضيا به واما في الوكالة فيسجي في كتاب الوكالة لتقبل الاذن
 في الابتداء كالا جازة في الانتهاء فلم يختلفا في الجواز وعدمه واجيب بالمنع فان البقاء اسهل
 من الابتداء وان الحكم الذي اذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره رأي القاضي فكان
 رضا الخليفة بنولية القاضي مقيدا به **قوله** فاذا افوض اليه يملكه اي اذا قال الخليفة للقاضي
ول من شئت كان له ان يولي غيره فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول
 عزله لانه صار راضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الا ان يقول له واستبدل من شئت
 فيملك الاول عزله * وهذا بناء على ان امر القاضي لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فاذا قال الخليفة
ول من شئت واقتصر على ذلك كان امرا بالتولية والعزل خلافا واذا اضاف الى ذلك
 واستبدل من شئت كان امرا بهما فكا ناله * فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان
 اذ ناله بالاستخلاف والعزل دالة لان قاضي القضاة هو الذي ينصرف في القضاة تقليدا

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

وعزلا كذا في الذخيرة * قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصاء واجيب بان آوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته من غيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل والايصاء ولا يملك التلبد والتعليل المذكور في التلبد يجري فيهما واجيب بان المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء اكثر **قوله** واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم علي فلان القاضي بكذا وكذا انغذه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى وَلَا تَكُونُوا مِمَّنْ يَدْعُرُ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ أَوْ السَّيِّئِ المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان اشترط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناهما في التقرير على ما ينبغي او الاجماع كالحكم بطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه او يكون قولاً لا دليل عليه قيل كما اذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عن عليه لتأخير المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك * وفي بعض النسخ بان يكون وهو تعليل الاستثناء فانه يقول عدم تنفيذ اذا كان مخالفاً للدلالة المذكورة بسبب انه يكون قولاً لا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفيه فائدتان احدتهما انه قيد بالفقهاء اشارة الى ان القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فانفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذ المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة * والثانية انه قيد بقوله يرى غير ذلك اشارة الى ان الحكم اذا لم يكن مخالفاً للدلالة المذكورة ينفذ سواء كان موافقاً لرأيه او مخالفاً فانه اذا انغذه وهو مخالف لرأيه ففي ما يوافق اولي ورواية القدوري ساكتة عن الفائدتين جميعاً والاصل في تنفيذ القاضي ما رفع اليه اذا لم يكن مخالفاً

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

مخالفاً للدلالة المذكورة ان القضاء متى لاقى محلاً مجتهداً فيه ينفذ ولا يرد فيه لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول في ان كلامهما يحتمل الخطأ وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ولتأمل ان يقول القضاء في المجتهد فيه متفرع على رأي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحاً لاصله ويمكن ان يجاب عنه بان الفرع لا يصلح مرجحاً لاصله من حيث هو منه او مطلقاً والثاني ممنوع فانه يجوز ان يكون مرجحاً لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما يرفعه من اصل بلافرع اذ الشيء المساوي للشيء في القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شيء آخر والاول مسلم وليس الكلام فيه * ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه انه لما شغله اشغال المسلمين استعان يزيد بن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه احد الخصمين فقال ان زيد اقضى علي يا امير المؤمنين فقال له عمر رضي الله عنه لو كنت لتقضي لك فقال ما يمنعك يا امير المؤمنين الساعة فاقض لي فقال عمر رضي الله عنه لو كان هنا نص آخر لتقضي لك لكن هنا رأي والرأي مشترك ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسيلاً من هبه فيه نفذ عند اي حنفية راجح وان كان عامداً ففيه روايتان وجه النفاذ وهو دليل النسيان ايضاً بطريق الاول ان ليس بخطأ بيقين لكونه مجتهداً فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كعمامة المجتهدين * ووجه عدمه انه زعم فساد قضائه وهو موأخذ بزعمه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده فيعمل به بزعمه قال المصنف راجح وعليه القبول **قوله** ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفاً لما ذكرنا لما ذكرنا حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ما ضار اراد ان يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفاً لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع * فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخر لم ينفذه بل يطله حتى لو نفذ ثم رفع الى قاض ثالث نقض لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد * بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني نفذ كما مر فان نقضه فرفع الى ثالث

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف للاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تاويله كقوله تعالى وَلَا تَكُونُوا مَنَكُحَ آبَائِكُمْ مِنَ النِّسَاءِ الَّيْمَاتِ الَّيْمَاتُ سَلَفٌ فَإِنَّ السَّلَفَ اتَّفَقُوا عَلَى عَدَمِ جَوَازِ تَزْوِجِ امْرَأَةِ الْآبِ وَجَارِ بَيْتِهِ وَوُطْنِهَا إِنْ وَطْنُهَا الْآبُ فَلَوْ حَكَمَ حَاكِمٌ بِجَوَازِ ذَلِكَ نَقَضَهُ مِنْ رَفْعِ إِلَيْهِ وَالْمُرَادُ بِالسَّنَةِ الْمَشْهُورَةِ هَهُنَا كَمَا ذَكَرْنَا وَالْمُرَادُ بِالْمَجْمَعِ عَلَيْهِ مَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ أَيْ جُلُ النَّاسِ وَكَثَرُهُمْ وَمَخَالَفَةُ الْبَعْضِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ لَأَنَّ ذَلِكَ خِلَافٌ لِاخْتِلَافٍ فَعَلَى هَذَا إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ عَلَى خِلَافِ مَا عَلَيْهِ الْكَثَرَانُ حُكْمَهُ عَلَى خِلَافِ الْإِجْمَاعِ نَقَضَهُ مِنْ رَفْعِ إِلَيْهِ * وَيَنْبَغِي أَنْ يَحْمَلَ كَلَامَ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا الْوَاحِدَ الْمَخَالَفَ مِمَّنْ لَمْ يَسُوعِ اجْتِهَادَهُ ذَلِكَ كَقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي جَوَازِ بَوَالِ الْفَضْلِ فَإِنَّهُ لَمْ يَسُوعِ لَهُ ذَلِكَ فَلَمْ يَتَّبِعْهُ أَحَدٌ وَانْكَرُوا عَلَيْهِ * فَإِذَا حَكَمَ حَاكِمٌ بِجَوَازِ ذَلِكَ وَجِبَ نَقْضُهُ لَأَنَّ الْإِجْمَاعَ مُنْعَقِدٌ عَلَى الْحَرَمَةِ بِدُونِهِ فَمَا إِذَا سُوعِ لَهُ ذَلِكَ لَمْ يَنْعَقِدِ الْإِجْمَاعُ بِدُونِهِ كَقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي اشْتِرَاطِ حُجْبِ الْإِمَامِ مِنَ الثَّلَاثِ إِلَى السُّدُسِ بِالْجَمْعِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَفِي إِعْطَائِهَا ثَلَاثَ الْجَمْعِ بَعْدَ فَرْضِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فَإِنْ حَكَمَ بِهِ حَاكِمٌ لَمْ يَكُنْ مَخَالَفًا لِلْإِجْمَاعِ وَهَذَا هُوَ الْمُخْتَارُ عِنْدَ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ وَلَعَلَّهُ اخْتَارَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ لِيَحْمَلَ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَى أَنَّ خِلَافَ الْأَوَّلِ غَيْرُ مَانِعٍ لَانْعِقَادِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ **قوله** والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين رضوان الله تعالى عليهم اجمعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي رح او المالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك الى حاكم لم يرب ذلك كان له ان ينتقضه **قوله** كل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه كل ما قضى القاضي بتحريمه في الظاهر اي في ما بيننا فهو في الباطن اي عند الله حرام وكذا اذا قضى

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

قضى باحلال لكن بشرط ان يكون الدعوى بسبب معين كنكاح او بيع او طلاق او عتاق
لا في الاملاك المرسله وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور
فمن العقود ما اذا ادعى على امرأه نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى
القاضي بينهما بالنكاح حل للرجل وطئها وحل للمرأة التمكين منه على قول ابي حنيفة رح
وهو قول ابي يوسف رح الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي رحمهم الله وهو قول ابي يوسف رح
الاخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكر ومنهما ما اذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء
كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان قال بعطني هذه الجارية او من جهة البائع
مثل ان يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطئها في الوجهين جميعا
سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهد افيديو بالبيع بثمن مثل قيمة الجارية او باقل
مما يتغابن الناس فيه اولا عند بعض المشائخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصد
والانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وان البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه
العبد الماذون له والملكات وان لم يملك التبرع فكان كسائر المبادلات * وقال بعضهم
انما ثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضور من الشهود لانه شرط صحة العقد ولم يكن
البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير منشيا وانما يصير منشيا فيما له ولاية الانشاء وليس له
ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع * ومن الفسوخ ما اذا ادعى احد المتعاقدين فسخ العقد
في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطئها ومنها ما اذا ادعت
على زوجها انه طلقها ثلثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج
اخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطئها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها
بان كان احد الشاهدين اولم يعلم بذلك * وقالان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطى
لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك * واما الزوج الاول فلا يحل له
الوطى عند ابي يوسف رح اذ كان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك لكان زانيا

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

عند الناس فيحدونه * وذكر شيخ الاسلام ان علي بن ابيوسف رح الآخري حل وطئها سراً
وعلي بن قول محمد رح يحل للاول وطئها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل سواء
علم الثاني بحقيقة الحال او لم يعلم **قوله** ولا يقضى القاضي على غائب القضاء
على الغائب ولذا لا يجوز عندنا الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح
ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز ولا يصح في الاصح
لان في الاستتار تضييعا للحقوق دون غيرة واستدل بان ثبوت القضاء بوجود الحجة
وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيحل للقاضي العمل بمقتضاها ولنا ان العمل بالشهادة
لنقطع المازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل
الا ان الشرع جعلها حجة ضرورية قطع المازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا وقر بالحق
لا حاجة اليها ولا مازعة الا بالانكار ولم يوجد فان قل قد عملتم بالشهادة بدون الانكار اذا حضر
الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله منكرا حذرا لامره على الصلاح اذا ظاهر من حال المسلم
ان لا يسكت ان كان عليه دين او دفع الظلمه ان اراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع
الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لامازعة الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا
في مانحن فيه فان الاصل عدم الانترار الاصل في اليد الملك فلما منوع فان الظاهر من حاله
الانترار لان المدعي صادق ظاهرا لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك
الانترار لعقله ودينه ايضا وان قل لو انكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك
فلما اذا كان شرطا للملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسأبني له جواب
آخر وان قل وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه ان حضر
فاقر زمت الدعوى وان انكر فكذلك فالجواب بان النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا
لا يظهر بها الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ويثبت له او يسلم الدعوى
ويدعى الاداء ويثبت او يقر قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

ممكّن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل الفوائد **قوله** ولانه يحتمل الاقرار الى آخره دليل آخر على المطلوب والضمير للشان ويجوز ان يتنازع ان يشتبه وجه القضاء واعمل الثاني ومعناه ان الشان يحتمل الاقرار والانكار ووجه القضاء يحتملها من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لان احكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة * وقد تقدم في اول باب الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقربها الرجل لم ياخذها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفردا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض * بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا اترجع الباعة بعضهم على بعض * فان استدل الخصم بقوله عليه السلام البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا او غائبا او بحديث هند حيث قالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اباسفيا ن رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقال عليه السلام خذي من مال ابي سفيا ن ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب اجبتاه عن الحديث الاول بانه يدل على ان من ادعى شيئا فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا اقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بمحل النزاع وانما النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم على الغائب اولا وليس فيه ما يدل على نفي او اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه حين بعته الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تنضي رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عالما باستحقاق النفقة على ابي سفيا ن الا يرى انها لم تقم البينة **قوله** ولو انكر ثم غاب فكذلك يعني

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

لا يقضى القاضي في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا انكروا سمعت البينة ثم غاب
 قبل القضاء لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء لان البينة انما تصبح حجة بالقضاء
 وهو الجواب الموعود بقولنا سابقا وفيه خلاف ابي يوسف رح فانه يقول الشرط الاصرار
 على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالا استصحاب واجيب بان
 الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات **قوله** ومن يقوم مقامه لما ذكر ان القضاء على الغائب
 لا يجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم ان قيام الحاضر مقام الغائب
 اما ان يكون بفعل فاعل او يكون حكما شرعيا والاول اما ان يكون الفاعل هو الغائب
 كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر والقاضي كما اذا اقام وصيا من جهته والثاني اما ان يكون
 ما يدعي به على الغائب سببا لازما لما يدعي به على الحاضر او شرطا لحقه فان كان
 سببا لازما سواء كان المدعي شيئا واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه
 وانكره واليد فاقام المدعي بينة ان الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها
 فان المدعي وهو الدار شيء واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت
 ما يدعي على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لامحالة * او شيئين مختلفين
 كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا
 فلان الغائب فاقام المشهود له بينة ان فلان الغائب اعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة
 والمدعي شيان المال على الحاضر والعق على الغائب والمدعي على الغائب
 سبب المدعي على الحاضر لامحالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العنق بحال
 فان القضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب
 لان المدعي شيء واحد في الاول او شيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر
 الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظائر في الكتب
 المبسوطة والمصنف رح لم يتعرض الالسيبية واما ان يكون المدعي شيئا واحدا او شيئين

اوشئين مختلفين فلم يتعرض له للحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشيء اذا ثبت
ثبت بلوازمه * وقيدنا السبب بقولنا لازما احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت
فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب
ن زوجك فلان الغائب وكلني ان احملك اليه فقالت انه كان قد طلقني فلما واقامت
على ذلك بينة قبلت بينتها في حق تصريد الوكيل عنها لافي حق اثبات الطلاق
على الغائب حتى اذا حضر وانكر الطلاق تجب عليها اعادة البينة لان المدعى على الغائب
وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما تدعي على الحاضر وهو تصريده فان الطلاق
متى تحقق قد لا يوجب تصريد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد
يوجب بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى
على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضى بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل
كلام المصنف راجح ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل
عن التقييد وان كان اعني ما يدعي به على الغائب شرطا لحقه اي لحق المدعى
على الحاضر كمن قال لامرأة تان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت امرأة الحالف عليه
ان فلانا طلق امرأتنا واقامت على ذلك بينة قال المصنف راجح فلا معتبر به في جعله خصما
عن الغائب وهو قول عامة المشائخ رحمهم الله لان بينتها على فلان الغائب لا تصح لان ذاك
ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة الاوزجندى ان البينة
تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعى كما تتوقف
على السبب تتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه اكثر
لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على الغائب
وهو في الشرط موجود * واخرج المصنف راجح المسخر من جهة القاضي وهو من ينصبه وكيلا
من الغائب لسمع الخصومة عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي لان كلامه فيمن

(كتاب ادب القاضي — * باب التحكيم *)

يتقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكانه
اختاره **قوله** ويقرض القاضي اموال اليتامى للقاضي ان يقرض اموال اليتامى ويكتب
الصك لاجل تذكره الحق وهو الاقراض لان في اقراض اموالهم مصلحتهم لبقائها
محفوظة فان القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ
لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة وبالقرض نصير محفوظه مضمونة فيقرضها
فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى بحجود المستقرض اجاب بقوله والقاضي
يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكفاية يحصل الحفظ وينتفى النسيان بخلاف
الوصي فانه ليس له ان يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين
بالاقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل
ولا كل بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار
فخر الاسلام والصدور الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال
والنفس كولاية القاضي وشفتته تمنعه من ترك النظر والظاهر انه يقرضه ممن يأمن بحجوده
وان اخذه الاب قرضا لنفسه فالوا يجوز وروى الحسن عن ابى حنيفة رح انه ليس له ذلك
* باب التحكيم *

هذا باب من فروع القضاء وتأخير من حيث ان المحكم ادنى مرتبة من القاضي لاقتصار
حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع
اما الكتاب فنقوله تعالى فابِعَثُوا حُكَمَاءَ مِنْ اَهْلِهِمْ وَحُكَمَاءَ مِنْ اَهْلِهَا وَالصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ
كانوا مجمعين على جواز التحكيم واذ احكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز
لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما واذ احكم لزمهما لصدور حكمه عن ولايته
عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلة في ما بينهما واعترض بان لو كان
كذلك لما وقع التفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول ابى يوسف رح

رح لكنها وقعت فانهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده واجيب بان التحكيم صلح معني
 حيث لا يثبت الابتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف
 بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له اهلية القضاء
 فلو حكم امرأة في ما يثبت بالشبهات جاز لانها من اهل الشهادة فيها **قله** ولا يجوز
 تحكيم الكافرو العبد قد تقدم ان اهلية القضاء باهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يتلد
 حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافرو العبد والذمي ان حكّمه المسلمون * وان حكّمه
 اهل الذمة جاز لانه من اهل الشهادة في ما بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد
 السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه
 والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كما سياتي والفاسق
 والصبي لعدم اهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر
 في اول ادب القاضي ان الفاسق لا ينبغي ان يقلد القضاء ولو قلد جاز لكل واحد من المحكمين
 ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه متولد من جهتهما لاتفاقهما على ذلك فلا يحكم الا برضاءهما
 جميعا لان ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما واما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما
 بل بعدم بعدم احدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما
 ايضا فان قيل اخرج احدهما سعي في نقض ماتم من جهته قلنا ماتم الامر وانما التمام
 بعد الحكم ولا تنقض ح فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما
 كالقاضي اذا اتصى ثم عزله السلطان فانه لازم واذا رفع حكمه الى حاكم فوافق مذهب
 امضاه لانه ان لم يمضه نقضه لم يحكم الا بذلك فلان في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه
 وفائدة امضائه انه لو رفع الى حاكم يخالف مذهب لم يتمكن من نقضه ولو لم يمض لنمكن
 لان امضاء الاول بمنزلة حكم نفسه وان خالفه ابطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم
 لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فانه لا يبطل الثاني وان خالف مذهب

(كتاب ادب القاضي — * باب التحكيم *)

لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر ان يردّه **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لا يجوز التحكيم في الحد ود الواجبة حقاً لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها * واما في حد القذف والقصاص فقد اختلف فيه قال شمس الايمة من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة عن صالح الاصل ان التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاص ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف رح واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمه وللهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات وهذا كما ترى اشم من تعليل المصنف رح **قوله** وقالوا اي قال المتأخرون من مشائخنا وتخصيص التدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات كالكنائيات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن اصحابنا وهو صحيح لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك * قال شمس الايمة الحلواني مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان الامام استاذ ابا علي النسفي كان يقول نكتم هذا الفصل ولا نفتي به كيلا يتطرق الجاهل الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا وان حكما في دم خطأ لا ينفذ الا في صورة لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المجكبين وان كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ومخالف للنص وهو حديث حمل بن مالك قوموا فادوه كما سباني في كتاب المعاقله ان شاء الله تعالى **قوله** الا اذا ثبت استثناء من قوله رده القاضي اي رد قضاؤه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعتله واما

واما في اروش الجراحات فان كانت بحيث لا يتحملها العاقلة ويجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهي خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والكنول او كان عمدا وقضى على الجاني جازلانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز * وان كانت بحيث يتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبت الجنائية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم ترضوا بحكمه **قوله** ويجوز ان يسمع البينة يعني انه لما صار حاكما عليهما بتسليطهما جازان يسمع البينة ويقضي بالكنول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر المحكم باقرار احد الخصمين بان يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا او بعدالة الشهود مثل ان يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعد لوا عندي وقد اذمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقتضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك اذا كانا على تحكيمهما فيملك الاخبار كالتقاضي المولى اذا قال في قضائه لاني قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقتضي عليه فكذا ههنا * وان اخبر بالحكم مثل ان يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالتقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا وحكم الحاكم لابي وزوجته وولده باطل لان اعلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء اذا حكم ارجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر محتاج الى الرأي فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما انما راضيا برأيهما ورأي الواحد ليس كأي المتين * ولا يصدق ان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد

(كتاب ادب القاضي — * مسائل شتى *)

على ذلك غيرهما لا نهما بعد القيام كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه

* مسائل شتى من كتاب القضاء *

مسائل شتى اى متفرقة من شتى تشتمل اذا فرق * ذكر في آخر كتاب ادب القاضي مسائل منه كداهود اب المصنفين ان يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها اسندرا كما لمفات من الكتاب وترجمونه بمسائل شتى او منشورة او متفرقة قبل وعلى هذا كان القياس ان يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن ان يجاب عنها بان ذكر بعد هذا القضاء بالمراتب والرجوع وانه لجدير بالخبر لا محالة وان كان علوا رجلا وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان يمد فيه وتد اولان يتب فيه كوة بغير رضا صاحب العلوا وليس لصاحب العلوا ان يمني على علوه ولا ان يضع عليه جذع عالم يكن ولا يحدث كثيرا الا برضاء صاحب السفل عند ابي حنيفة ربح ولا جاز لهما احده نهما ان يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول ابي حنيفة ربح يعني ان ابا حنيفة ربح انما منع عما منع اذا كان مضرا واما ان الم يكن فلم يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما في ما لا يتضرر به الاخر فصلا مجتمعا عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر اصاصا حبه وقيل ليس ذلك بتفسير له وانما الاصل جندهما الا باحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضى الاطلاق فلا يمنع عند ابا حنيفة الضرر فاذا لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق * وانما تظهر ثمرة الخلاف اذا اشكل فعند هما لم يجز المنع لان الاطلاق متيقن واليقين لا يزول بالشك والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير وهو صاحب العلوا لان قرارة عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير بمنع المالك عن التصرف كما يمنع حق المهرتهن والمستاجر المالك عن التصرف في المهرهون والمستاجر والاطلاق بعراض وهو الرضى به دون عدم الضرر فتأمل فاذا اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا **قوله** على انه لا يعري عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه استظهار على المنع لافادة ما قبل ذلك **قوله** واذا كانت زائغة مستطيلة سكة

سكة طويلة غير نافذة تشعب عن يمينها ويسارها مثلها على هذه الصورة
 فليس لأهل الزائفة الأولى أن يفتحوا بابا في الزائفة القصوى لأن فتح
 الباب للمروور لاحق لهم في المروور لأن المروور فيها لأهلها خاصة
 لكونها غير نافذة بمنزلة دارين قوم ليس لأحد أن يفتح بابا غير أنهم
 فكذا إذا * الأيرى أن السكة ليست لأمم السكة العظمى أن يأخذوها بالشفعة
 لأن تلك السكة لهم خاصة لكونها غير نافذة بخلاف النافذة لأن المروور فيها حق العام ثم قيل
 المانع من المروور الأمن فتح الباب لأن التفتح رفع لجداره وإن يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه
 أولى ولهذا التفتح كونه بابا للاستضاء دون المروور لا يمنع ولا يصح أنه يمنع من التفتح لأن بعد التفتح
 لا يمكنه الجمع من المروور في كل ساعة ولأنه إذا فعل ذلك وتقدم المهدر بما يدعى الحق
 في التصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع * وكلام المصنف ليس فيه ما يدل
 على أن الزائفة الأولى غير نافذة وقد صرح بذلك الاسم التمثلي والفقهاء أبو الميثاق إذا
 جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الإشارة حتى يكون تذييره ذلك غير نافذة فيجب أن يكون
 حالا من الزائفتين جميعا لأن الإشارة بذلك إلى المشئى والجميع صحيحة فيكون من قبل
 قوله تعالى قل إني أرى أيتهم أن أخذ الله سمعكم وبصاركم وختم على قلوبكم من الذين لا يسمعون
 بذلك على أحد الوجهين وإن كانت الزائفة القصوى مستديرة قد انزق طرفاها يعني سكة فيها
 أعوجاج حتى بلغ أعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم أن يفتح بابا في أي

موضع شاء لأنها سكة واحدة إذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المروور
 في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها بهذه الصورة
قوله ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يد دار يد رجل ادعى
 عليه آخران له فيها حقا وانكر ذوا اليد ثم صالحه منها جاز الصلح وهي مسئلة
 الصلح على الانكار وسيأتي الكلام فيه في الصلح أن شاء الله تعالى

(كتاب ادب القاضي — * مسائل شتى *)

فإن قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة المدعى
 ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئاً لا يصح دعواه أجاب بأن المدعى وإن كان مجهولاً
 فالصالح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في المساطو والجهالة فيد لا تقضي
 إلى المنازعة والمانع منها ما يفضي إليها ولقائل أن يقول جهالة المدعى إما أن تكون
 مانعة صحة المدعى أو لا فإن كان الثاني صح دعوى من ادعى على إنسان شيئاً
 لكنها لم تصح ذكره في النهاية ناقلاً عن الفوائد الظهيرية * وإن كان الأول لما جاز الصلح
 في ما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختیار الشق الأول ولا يلزم عدم
 جواز الصلح في ما نحن فيه لأن صحة المدعى ليست بشرط لصحة الصلح لأنه لقطع الشغب
 والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب أن الحاكم يقول
 للمدعى دعواك فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكنه إزالة الفساد بعلام مقدار ما يدعى
 فلا يكون رده مفيداً **قوله** ومن ادعى داراً في يد رجل ادعى داراً في يد رجل أنه
 وهبه له منذ شهرين مثلاً وسلمها إليه وانها ملكه بطريق الهبة والتسليم والتسلم وجدد دعواه
 ذواليد فسئل البينة فقال لي بينة تشهد على الشراء لأنني طلبت منه فجددني الهبة
 فاضطرت إلى شرائها منه فاشتريتها منه واشهدت عليه واقام البينة على الشراء
 فإن شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل البينة لظهور التناقض
 من وجهين * أحدهما من حيث أن المدعى ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جددني
 الهبة فاشتريتها والغاء للتعقيب والشهود شهدوا بشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة
 للدعوى * والثاني من حيث الدعوى نفسها أن ثبت موجب الشهادة وهو تدم وقت
 الشراء على وقت الهبة لأنه لا يكون قائلًا وهب لي هذه الدار وكانت ملكاً لي بالشراء
 قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد نبوته بالشراء وإن شهدوا بالشراء بعد الوقت
 الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون

يشهدون به قبله اي قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها اي قبل الهبة وكذا في قوله ولو
شهدوا به بعده ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة او وقتها
ولم يتل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل ايضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك
للوأهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فعد من انقضوا ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة
قبلت لانه يقرر ملك الوأهب عندها فليس بمناقض قيل ينبغي ان لا تقبل في هذه الصورة ايضا
لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها
من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضى
بذلك الفسخ في ما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيها واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا
قوله ومن قال لآخر اشتريت مني هذه التجارية رجل قال لآخر اشتريت مني هذه التجارية
فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة اي عزم بقلبه * وقيل ان يشهد بلسانه على العزم
بالقلب ان لا يخاصم معه وسعد اي حل له ان يطأ التجارية لان المشتري لما جحد العقد
كان ذلك فسحا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحد انكار للعقد من الاصل والفسخ
رفع له من الاصل فيتلافيان بقاء فجاز ان يقوم احدهما مقام الآخر كما لو تجاددا
فانه يجعل فسحا لا محالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين
قيل لوجاز قيام الجحد والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لا مراة جحد زوجها
النكاح وعزمت على ترك الخصومة ان يتزوج بزوجة اخرى اقامة لهما مقام الفسخ لكن
ليس لها ذلك واجيب بان الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة
والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل مجرد
العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فان العقد لا يفسخ بمجرد
عزمه تنزل المصنف في الجواب فقال بمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن العزم
بالفعل وهو امساك التجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضا هيه كالا استخدام

لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة * وبه يندفع ما قال زفر ربح انه لا يحل وطئها لان البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبيعها او يتقايلا ولم يوجد ذلك لان التنايل موجود دلالة **قوله** ولانه دليل آخر فان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فالت رضى البائع وفواته يوجب الفسخ لغوات ركن البيع فيستقل بنسخه فيجعل عزمه فسخا على مامر * والفرق بين الدليلين ان الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحدوه فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني مترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداد **قوله** ومن اقرانه قبض من فلان عشرة دراهم ومن اقرانه قبض من فلان عشرة دراهم ترضا او ثمن سلعة له عنده او غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء كان مفصولا او موصولا دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد فالحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل انه لو تجاوز بها في ما لا يجوز الاستبدال في بدله كالصرف والسلام جاز ولو لم تكن من جنسها كان التجاوز استبدالا وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجبا وهو لا يحال على ماله حق قبضه لا ما ليس له ذلك ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى انه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا اجاب المصنف ربح بقوله والقبض لا يختص بالجبا وهو منع للملازمة وقوله حملا لحاله على ماله حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما الامتنوع من القبض ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجبا فالقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجبا فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنهجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم كما تقدم وعلم من هذا انه لو اقر بالجبا وهو حقه او

او بحقه او بالثمن او بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا ونهرجه لم يصدق لاقتراع
 بقبض الجباد صريحا في الاول ودلالة في الباقي لان حقه في الجباد والثمن جباد
 والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزيوف متناقضا *
 ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وانكره فان القول
 قول البائع لا المشتري الذي انكر قبض حقه لان المشتري اقر بقبض حقه وهو المعتقد
 عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من قبيل الثاني
 اعنى المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع بين
 هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا
 اقرانه قبض الدراهم الجباد ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا موصولا ولا موصولا
 وفي ما بقي لا يصدق موصولا ولكن يصدق موصولا والفرق هو ان في قوله قبضت
 مالي عليه او حقي عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة
 فقد استثنى البعض من الجملة فصح كما لو قال لغلان علي الف الائمة فاما اذا قال قبضت
 عشرة جباد اقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف
 فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لغلان علي مائة درهم
 ودينار الا دينا را كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا هم **قوله** وفي السنوفة لا يصدق
 يعني لو ادعاه بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى
 لو تجاوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا في دعواه قال صاحب النهاية ذكر
 هذا الحكم مطلقا وليس كذلك وتتل عن المبسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه
 ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان موصولا لم يسمع وان كان موصولا
 يسمع والسنوفة اقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك
 ففي السنوفة أولى * وكان الاعتراضين وقال ذهول عن التدقيق في كلام المصنف رح

فان كلامه في ما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراخي ولا نزاع في غير الزبوف
والنبهجة انه اذا ادعاه لا يقبل مفصولا واما انه هل يقبل موصولا ام لا لم يصرح بذكره
اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير فهو تغيير موجب الكلام نحو التعليق والاستثناء والتخصيص
وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا وذكر احد الجانبين فهم الجانب الآخر * بقي الكلام
في ما اقربا لدرهم الجباد وادعى انه زبوف فانه لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم وبجواب
عن ذلك بان المنع هناك عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل
من الكل كما هو الاصل من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب او عن المشايخ رحمهم الله
وقد اختاره المصنف رحمه الله فانه ما عزا الى شيء من النسخ وتمثيله باستثناء الذين قد لا ينتهض
لان الجودة وصف لا يصح استثناءه فكان له يستثنى ثم فسر الزبوف بما زيفه بيت المال
اي ردة والنبهجة بما يرد التجار ولعله ارادى من الزبوف والاستوقة ما يغلب عليه الغش
قبل هو معرب ستووهي ارادى من النبهجة حتى خرج من جنس الدراهم **قوله**
ومن قال لا خير لك علي الف درهم اعلم ان الاقرار اما ان يكون بما يحتمل الابطال
او بما لا يحتمله فان كان الاول فاما ان يستقل المقر باثباته او لا * والاول يرتد برد المقر له
مستقلا بذلك كما ان المقر يستقل باثباته * والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا
اذا قال لا خير لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك
الف درهم فليس عليه شيء لان المقر اقرب بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما اقربه
لا محالة وقد ردة المقر له فيرد قوله بل لي عليك الف درهم غير مقيد لانه دعوى فلا بد لها
من حجة اي بينة او تصديق الخصم حتى يوصدقه المقر نائيا لزمه المال استحسانا واذا قال
اشتريت مني هذا العبد فانكر له ان يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل
الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد يعني
المقر لا ينفرد بالرد كما ان المقر لا ينفرد باثباته والمعنى انه حقهما بقبي العقد فعمل التصديق

التصديق بخلاف الاول فان احدهما ينفرد بالاثبات فينفرد الآخر بالرد قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب ان لا يفيد التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطئها كما تقدم ويجوز ان يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كان دليل الفسخ * وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بنفسه والتوفيق بين كلاميه صعب * وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وههنا لما اقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ * وان كان الثاني كما اقر بنسب عبدة من انسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند ابي حنيفة رح لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الا بطلان فلا يرد بالرد وان وافقه المقر على ذلك **قوله** ومن ادعى على آخر ما لا اذا ادعى على آخر ما لا فقال ما كان لك على شيء قط ومعناه نفى الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فاقام المدعي البينة على ما ادعاه واقام المدعي عليه البينة انه قضاه او على البراء قبلت بينته وقال زفر رح وهو قول ابن ابي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فكان متناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب الا يرى انه يقال قضي بباطل كما يقال قضي بحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء والمسئلة بحالها لان التوفيق اظهر لان ليس لتفي الحال فاذا اقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء والبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض اصلا * فالوادلت المسئلة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسئلة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال الا يرى انه لو ادعى على رجل دم عمدا فلما ثبت عليه اقام المدعى عليه بينة على البراء او العفو او الصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقية جارية

فانكرت واقام البينة على رقيتها ثم اقامت هي بينة على انه اعتقها او كاتبها على الف
وانها ادت اليه قبلت ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك او ما شبهه كقوله
ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا
على الابرء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقضاء ومعاملة بلا خالطة
ومعرفة وذكر التدوير عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة قد تودى
بالشغب على بابه فيا مريض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق
ممكنا * قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته
وقيل تقبل البينة على الابرء في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة
قوله ومن ادعى على آخرائه باعه جاريته هذه ومن ادعى على آخرائه باعه جاريته
هذه فقال المدعى عليه لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها عيبا
لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الزائدة واراد ردها على البائع فاقام
البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافا
والخفاف اثبتة عن ابي يوسف رح وأشار اليه المصنف بقوله وعن ابي يوسف رح انها
تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو انكره اصلا ثم اقام البينة على القضاء
او الابرء قبلت لان غير الحق قد يقضى فامكن التوفيق فكذلك يجوز ههنا ان يقول
لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى علي البيع سألته ان يبرأني عن العيب فابرأني وجه
الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعتد من اقتضاء وصف السلامة التي غيرة وذلك
يقضي وجود اصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصور وهو قد انكره فكان
متناقضا بخلاف مسألة الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر **قوله** ذكر حق كتب
في اسفله اذا اقرع على نفسه وكتب صكاً وكتب في آخره ومن قام بهذا الذكرك الحق فهو
ولي ما فيه واراد بذلك من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك

ذلك ان شاء الله تعالى او كتب في كتاب شراء ما ادرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه و تسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند ابي حنيفة رح وقال الاستثناء ينصرف الى ما يليه لانه للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فما فرض للاستيثاق لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق مطلقا واذالم يكتب في آخره ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذالم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولابي حنيفة رح ان الكل في مانحن فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر و امرائه طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع * هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة بيباض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتابة ومن قام بهذا الذكر في الشروط اثبات الرضاء من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول ابي حنيفة رح فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضی الخصم لا يصح بلا ضرورة * وكونه توكيلا مجهولا ليس بضائر لانه في الاسقاط فان للقران لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضی فقد اسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو لا حترار عن قول ابن ابي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضی الخصم الا اذا رضی بوكالة وكيل مجهول لانه من مذهب ابي حنيفة رح فان الرضاء بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجودة كعدمه

* فصل في القضاء بالمواريث *

قد تقدم لنا الكلام في ما يوجب تاخير هذا الفصل الى هذا الموضع قوله واذا مات النصراني

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

فجاءت امرأة مسلمة ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم
بشئ امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين * احدهما ان يقال
كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحيوة المفقود * والثاني ان يقال هو ثابت في الحال
فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحون كما سنذكره وهو حجة دافعة لامثلة
عندنا كما عرف في اصول الفقه فاذ اقامت النصراني فجاءت امرأة مسلمة وقالت اسلمت
بعده موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالتقول للورثة وقال زفر راج القول قولها
لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب الاوقات لذلك
ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لا اختلاف الدينين وكل ما هو ثابت
في الحال يكون ثابتا في ما مضى تحكيما للحال اي باستصحاب الحال كما في جريان
ماء الطاحون اذا اختلف فيه المتعقدان بعده مضى مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء
جاريا في الحال كان القول للآخر وهو صاحب الطاحون وان كان منقطعاً كان القول
للمستأجر **قوله** وهذا يعني تحكيم الحال او الحال ظاهر معتبرة لدفع استحقاقها الميراث
وهو صحيح وهو اعني زفر معتبرة للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل
استحقاقها بالميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات
وبجوز ان يجاب بان ذلك ايضا ظاهر والظاهر استصحابا كان او غيره لا يعتبر للاستحقاق * على
انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر **قوله** ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت
مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة لا بل اسلمت بعد موته فالتقول
قول الورثة ايضا ولا يحكم الحال لان تحكيمة يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق الذي
هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل وقوله اما الورثة فهم دافعون
اشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسألة منهما اجتمع نوعا الاستصحاب اما في الاول فلان
نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة في ما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

حادثا فلنظر الى ما كانت في ماضى والاصل فيه ان يبقى هو من النوع الاول
وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا في ماضى هو
من النوع الثاني فلما اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا
وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قولهم * واما في الثانية فلان نصرانيتها
كانت ثابتة والاسلام حادث فلنظر الى النصرانية يقتضي بقاؤها الى ما بعد الموت والنظر
الى الاسلام يقتضي ان يكون ثابتا قبل موته فلما اعتبرناه لزم ان يكون الحال مثبتا
وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به
وقوله ويشهد لهم دليل آخر وهو ان الاسلام حادث والحادث يضاف الى اقرب
الافات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهرا فرجح في المسئلة
الاولى معارض الاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب انه معتبر
في الدفع لاني الانبات وزفر رج يعتبره للانبات ونقض بنقض اجمالي وهو ان ما ذكرتم
يدل على ان الاستصحاب لا يصلح للانبات فلو كان صحيحا بجميع مقدّماته لما قضى
بالاجر على المستاجر اذا كان ماء الطاحون جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لانبات
الاجر والجواب انه استدلال به لدفع ما يدعى المستاجر على الاجر من ثبوت العيب
الموجب لسقوط الاجر وما ثبتت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا
لا موجبا فاعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل **قوله** ومن مات وله في يدرجل
اربعة آلاف درهم وديعة رجل مات وله في يدرجل اربعة آلاف درهم وديعة فافر المودع
لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره يقتضى الحاكم عليه بدفعه الى المقر له لانه اقر
ان ما في يده حق الوارث وملكه خلافة ومن اقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا
اقر انه حق المورث وهو حي اصاله بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالنقض
او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

على مال الغير ولتأجيل ان يقول كان الواجب في المسئلة الاولى ان لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه لاحتجته اليه كالدين وغيره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليقين به * فاذا امتنع في الوديعة حتى هلك هل يضمن اولاد الميت يضمن وقيل لا يضمن * وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله * وان سلمه اهل له ان يسترد ما قبل لا يملك ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا اقربتم وكيل غيره بالتبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تنقضي بامثالها ولو اقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بانه ايضا ابن الميت وانكره الاول وقال ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره الاول في وقت لا عزاحم له انقطع يده عن المال فالأقرار الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقرار الاول لم يكذب به احد فصح اقراره وحين اقرار الثاني كذب الاول فلا يصح واعترض بان تكذيب غيره ينبغي ان لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما ادعى للاول واجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي اقر بتسليم الوديعة من القاضي بعد ما اقر لغيره من اقراره القاضي وقد تقدم في ادب القاضي * واما اذا كان الدفع بقضاء كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار **قوله** واذا قسم الميراث بين الغرماء اذا حضر رجل واحد عى دارا في يد آخراتها كانت لابيها مات وتركها ميراثا له فاما ان يقربه ذواليد او لا فان كان الثاني وانام على ذلك بينه فهو على ثلاثة ارجح * احدها انهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثته لانهم لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالموارث *)

بالمجهول متعذر * والثاني انهم شهدوا انه ابنه ووارثه ولا نعرف له وارثا غيره وفيه يتضي
الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق * والثالث اذا شهدوا انه ابن فلان
مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا
غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول
فان حضر وارث غيره قسمت في ما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر
ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخت فانه
لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصا كالزوج والزوجة يدفع اليه او فالنصيبين وهو النصف
والربع عند محمد رح واقلهما وهو الربع والسدس عند ابي يوسف رح وقول ابو حنيفة رح
مضطرب * فاذا كان ممن لا يحجب ودفع الدار اليه هل يؤخذ منه كقبيل بما دفع اليه
قال ابو حنيفة رح لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم * قيل اراد به ابن ابي ليلى * وقال له
ذلك * وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكونه اقرب رجة فاصرة * لهما ان القاضي
ناظر للغيب ولا ينظر بترك الاحتياط والاحتياط في اخذ التكفيل فيحتمل القاضي
باخذه كما اذا دفع القاضي العبد الابق والمتطد الى رجل اثبت عنده انه صاحبه
فانه يأخذ منه كقبيل وكما لو اعطى نكحة امرأة الغائب اذا استغفقت في غيبته وله
عند انسان ودبعة يقربها المودع وبقيام النكاح فانه يفرض لها النكحة ويأخذ منها كقبيل
ولا يبي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر يقيم او ظاهرا
ان كان وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر
عنده من الحججة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا او ظاهرا لا يؤخر لموهوم
كمث اثبت الشراء من ذي اليد او اثبت الدين على العبد حتى يبيع فيه فانه يدفع المبيع
الى المشتري والدين الى المداعي من غير كقبيل وان كان حضور مشتر آخر قبله وغريم
آخر في حق العبد متوهما فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل

(كتاب ادب القاضي — فصل في القضاء بالمواريث *)

قوله ولان المكفول له دليل آخر على عدم جواز اخذ الكفيل وذلك لما تقدم ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفّل لاحد الغرماء فان قبل اذ اقرب له ذواليد يؤخذ منه كفيلًا بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول اجيب بانه اذا اقرب له لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة ان ثمة ما لكا لا محالة واقل ذلك بيت المال وهو معلوم فكان التكفيل له * ونقل التمر تاشي فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا للبيت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مروهي من المبت غير متصورة وعرض بان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي ذلك تاخير لحق ثابت قطعا او ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على ان التاخير جائز واجيب بان التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو امر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة على النفي باطله بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله بخلاف النفقة جواب عما استشهد به من المسائل اما مسئلة النفقة فلان التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم ايضا فصحت الكفالة واما الابق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان * قال في رواية الاحبان يأخذ منه كفيلًا * وقال في رواية احب ان يأخذ منه كفيلًا * قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ايحيى بن خازم فلا يصح القياس حينئذ * وقال العتابي ان دفع العبد باقراة الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع قال المصنف رح

ظلم اى ميل عن سواء السبيل انما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله وهذا اى اطلاق الظلم على المجتهد فيه يكشف عن مذهب ابي حنيفة رح ان المجتهد بخطي ويصيب * ويقرر ان اصحابنا المتقدمين برأء عن مذهب اهل الاعتزال في ان كل مجتهد يصيب وادعائهم ان ذلك مذهب ابي حنيفة واصحابه رحمهم الله وقد قررنا ذلك فى التقرير بعون الله تعالى مستوفى **قوله** واذا كانت الدار في بدرجل دار في بدرجل اقام آخر البيعة ان اباة مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذى اليد ولا يؤخذ من ذى اليد كقبيل وهذا اى ترك النصف الآخر في يد من في يده عند ابي حنيفة رح واما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالوا من في يده الدار ان كان جاحدا اخذ منه النصف الآخر وجعل في يدا من والا ترك في يده لان الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز ان يترك المال بيده ولا يبيح حنيفة رح ان القضاء وقع للميت متصود الان القضاء بالميراث ههنا بملك الميت حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر من المتقضى بيده لاحتمال كونه مختارا له وهو ثابت في ما نحن فيه فلا ينقص يده بيد غير من هو مختار له * وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به كما اذا كان من بيده مقرافانه انما يترك الباقي بيده لذلك **قوله** وجحوده جواب عما ذكره وجهه ان الخيانة بالجحود اما ان تكون باعتبار ماضى او ماسياتي والاول قد ارتفع بقضاء القاضى فكذا لازم * والثاني ظاهر لعدم لان الحادثة لما صارت معلومة للقاضى ولمن بيده ذلك وكتبت فى الخريطة الظاهر ان لا يجحد فى المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال موت القاضى والشهود ونسيانهما للحادثة واحتراق الخرائط امور محتملة فكان الجحود محتملا لان ذلك نادر والنادر لاحكم له ولو كانت الدوى فى منقول والمسئلة بحالها فقد قيل ينزع من يده النصف الآخر

(كتاب ادب القاضي — فصل في القضاء بالمواريث *)

بالاتفاق والفرق بينه وبين العقاران المنقول يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع ابلغ فيه امانه يحتاج فيه الى الحفظ فلانه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل * واما ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ في الحفظ لانه لما جحد من بيده ربما يتصرف فيه لخيانته اولزعه انه ملكه واذ انزعه الحاكم ووضعه في يد امين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب ومن المشائخ من قال المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة رح فيه اظهر بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه ولو اخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك ابلغ في الحفظ * ولعل هذا هو الظاهر لان ما قبل انه لما جحد من بيده ربما يتصرف لخيانته اولزعه انه ملكه ساطت العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت يقضي ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق **قوله** وانما لا يؤخذ الكفيل راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة لان من بيده الباقي قد لا تسمع نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فتشأ الخصومة والقاضي لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل هب ان القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فيما فرضناه رافعا لشيء كان منشأه هذا خلف **قوله** واذا حضر الغائب اختلف المشائخ رح في وجوب اعادة البينة اذا حضر * فمنهم من قال بذلك على قياس قول ابي حنيفة رح في القصاص اذا اقام الحاضر البينة على انه قتل اياه عمدانهم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادتها * ومنهم من رافعه وهو اختيار المصنف .

المصنف رح قال الامام فخر الاسلام رح وهو الاصمح لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقي
 في ما يستحق للميت مطلقا وعليه ان كان الدل بيده كما سيجي دينا كان او عينا لان المقضي
 له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك
 كالوكيلين بالخصومة اذا غاب احدهما كان للآخران يخاصم * ولهذا قلنا اذا ادعى
 رجل على احد هم دينا على الميت واقام عليه البينة ثبت في حق الكل * وكذا اذا ادعى
 احد هم دينا للميت على رجل واقام عليه البينة ثبت في حق الكل فان قيل لو صلح احد هم
 للخلافة لكان كالميت وجازله استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع
 اجاب بقوله بخلاف الاستيفاء بنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره
 ولقائل ان يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونائبا عن غيره في ما زاد ولا محذور فيه
 وجوابه ان السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل
 التشكيك وقوله كما اذا قامت البينة بدين الميت اي بدين للميت او عليه كما ذكرناه بيان
 لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مر **قوله** الا انه استثناء من قوله
 لان احد الورثة ينتصب خصما الى قوله له وعليه * يعني انه لو ادعى احد على احد الورثة
 دينا على الميت يكون خصما عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره
 في الجامع والا كان خصما عما في يده لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء
 على ما في يده **قوله** ومن قال مالي في المساكين صدقة رجل قال مالي في المساكين
 صدقة وجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي تجب فيها الزكاة
 كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب او لا لان المعبر هو جنس مال الزكاة
 والقليل منه * ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصديق
 به فان قضى به دينه لزمه التصديق بقدره عند تملكه لان المعبر جنس ما تجب فيه الزكاة
 وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصديق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

والرفيق واثاث المنزل ونياب البذلة وغير ذلك وان اوصى بثلاث ماله فهو على كل شيء والقياس في الاول ايضا ان يقع على كل شيء كما قال به زفر رح لان اسم المال عام يتناول الجميع وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستبدا به لئلا ينزع الى الشرك وايجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الا عتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه لبت في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات اولانه في معنى الصلوة لانه لا تتظاراوقات الصلوة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلوة كانه في الصلوة اما الوصية فهي اخت الميراث لانها خلافة كالوراثة من حيث انها يثبتان الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية **قوله** ولان الظاهر دليل آخر يعني ان الظاهر من حال الناذر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة لان المحبوة مظنة الحاجة الى ما تقوم به حوائجها الاصلية فيختص النذر بمال الزكوة اما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فيصرف الى الكل والارض العشرية تدخل في النذر عند ابي يوسف رح لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة في العشرية فصارت الارض العشرية كموال التجارة لانها من جنس الاموال التي تجب فيها الصدقة ولا تدخل عند محمد رحمه الله وذكر الامام الترمذي قول ابي حنيفة رح مع محمد رح لانه اي الارض العشرية والتذكير لتذكير الخبر بسبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده فصارت مثل عبد الخدمة * واما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه محض مؤنة لان مصرفه للمقاتلة وفيهم الاغنياء ولو قال ما املك صدقة في المساكين فقد قبل يتناول كل مال زكوة او غيره وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رح ذكرها في الامالي لان ما املك اعم من مالي لان الملك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان اعم ينصرف الى

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

الى غير اموال الزكاة ايضا اظهار الزيادة عمومه فان قبل الصدقة في الاموال مقيدة في الشرع باموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية اجاب بان المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا مخصص في لفظة الملك فيبقى على العموم وفيه نظر لانه لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع والصحيح انهما اي لفظ مالي وما املك سواء في مانحن فيه فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الائمة السرخسي رح لان الملتزم باللفظين الغاضل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله علي ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه ابطال ذلك الوجه بالمقيد ايجاب الشرع وهو بلفظة المال ولعله اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد تقرر انه من قبل فارجع اليه ثم اذ لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج الى ان يسأل الناس من يومه وقبضه ان يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه ثم اذا اصاب شيء تصدق بما امسك ولم يبين محمد رح في المبسوط مقدار ما يمسك لا اختلاف احوال الناس فيد بكثرة العيال وقلة وقيل يمسك المحترف قوت يومه لان يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما وصاحب الغلة وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يوجرها الانسان لشهر لان يده تصل الى ما ينفق شهرا فشهرها وصاحب الضياع لسنة لان يدا الدهقان تصل الى ما ينفق سنة فسنة وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله وفي ايراد مسألة النذر في مانحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي اخت الميراث **قوله** ومن اوصي اليه ولم يعلم وجه ايراد مسألة الوكالة في فصل القضاء بالمواريث ما ذكرناه آنفا * ومن اوصي اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي وبيعه جائزا واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف رح انه اعتبر الاول

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

بالتالي لان وصف الانابة اي النيابة جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله فكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة لانابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح * بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستنيب والانابة تتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقفت فان لعجز الموصي فان قيل اذا قال لرجل اشتر عبي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه اجيب بانه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه يثبت ضمنا والكلام في الوكالة التي تثبت قصدا * وهذا كما اذا قال بايعوا عبي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا * فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام فمن اعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغامس لعدلا او على اصداد ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر ابي اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الانزام وما كان كذلك فنقول الواحد فيه كاف واما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل عند ابي حنيفة رح وقال هو الاول سواء لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن العبد في التجارة ولا يبي حنيفة رح انه خبر ملزم اما انه خبر فلانه كلام يَحْتَمِلُ الكذب يحصل به الاعلام واما انه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في معناها فيشترط احد شرطي الشهادة وهو العدد والعدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن فيه الزام اصلا لم يكن في معناها اصلا فلم يشترط

فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضاً شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل احد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله **قوله** وعلى هذا الخلاف يعني الذي ذكره بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله في اشتراط احد شرطيهما في ما فيه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انها ست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد ر خ في المبسوط والاثنان ذكرهما في النوادر والسادسة قاسها المشائخ عليها والمصنف ترك منها مسألة * اما الاولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل * والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل او اثنان ثبت الحجر صدقه العبد او كذب وان كان فاسقاً وكذبه ثبت عندهما خلافاً له وقيد بتلقاء نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف ر خ ههنا * والثالثة العبد الجاني اذا اخبر المولى بجنايته اثنان او واحد عدل فتصرف فيه بعده بعق او بيع كان اختياراً منه للفداء وان اخبره فاسق وصدقه فكذلك والافعل على الاختلاف عنده لا يكون اختياراً منه خلافاً لهما * واولى النوادر المسلم الذي لم يجر اذا اخبره اثنان او عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب القضاء وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الائمة السرخسي جعله رسول رسول الله عليه السلام فالزومه * وثانيتهما الشنيع اذا اخبره اثنان او عدل بالبيع فسكت سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف * والسادسة اذا بلغ البكر تزويج الولي فسكنت فان اخبرها اثنان او عدل كان رضا بلا خلاف وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف **قوله** واذا باع القاضي او امينه عبداً للغرماء اذا باع القاضي او امينه عبداً مبيت لاجل اصحاب الديون وقبض الثمن فصاع الثمن واستحق العبد لم يضمن العاقد وهو القاضي او امينه لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام والامام لا يضمن كيلاً يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم

(كتاب ادب القاضي — فصل آخر *)

ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد صبيا
 محجورا او عبدا محجورا عليه وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا في رجوع المشتري على الغرماء
 وان امر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع
 الثمن رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة فان اوصى اليه المبت نطاهر وان اقامه
 القاضي فكذلك لان القاضي انما اقامه نائبا عن المبت لا عن نفسه وعقد النائب
 كعقد المنيوب عنه فصار كما اذا باعه المبت بنفسه في حيوته ففي ذلك كان يرجع المشتري
 عليه فههنا يرجع على من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم
 وان ظهر للمبت مال يرجع الغريم فيه بدينه اي ياخذ دينه من ذاك وهل يرجع بما غرم
 للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف * قالوا يجوز ان يرجع بذلك ايضا لان هذا الضمان لحقه في
 امر المبت * وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العتد وقع له فلم يكن له ان يرجع على
 غيره والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

* فصل آخر *

جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو ان
 قول القاضي بانفراده قبل الغزل وبعده مقبول **اولا قوله** واذا قال القاضي قد قضيت
 اذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاطعته او بالضرب فاضربه
 وسعك ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله
 ما لم تكن الشهادة بحضورك وهو رواية ابن سماعه عنه لان قوله يحتمل الغلط والتدراك
 غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي يقتضي
 ان لا يقبل كتابه ايضا الا انهم تركوها فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عما
 يملك انشاء لان المتولي يتمكن من انشاء القضاء ومن تمكن من الانشاء عما اخبر به
 لم ينهم في خبره وفيه بحث وهو انه يتمكن من ذلك بحجة او بدونها والثاني ممنوع والاول

والاول بحر الى غير ظاهر الرواية من معينة الحجة ولان القاضي من اولى الامرو طاعة
اولى الامرو واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه * وظاهر الرواية يدل على جواز
الاعتماد على قوله من غير استفسار * وقالوا به اذا كان القاضي عدلا نقيها وعلى هذا
يتأتى الاقسام العقلية كما قال الامام ابو منصور ر ح فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة
الخطاء لعلمه والخيانة لعدم النية وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق * وان كان
عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطاء فان احسن تفسير القضاء بان فسر
على وجه اقتضاء الشرع مثل ان يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه
وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة ثبت عندي بالحق انه اخذ نصابا
من حرز لا شبهة فيه وفي النصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول
قوله والا فلا لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا او الشبهة غير دائمة وان كان
جاهلا فاستأوا عالما فاستقلا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء في الجهل
والخيانة في الفسق **قوله** واذا عزل القاضي فقال لرجل لما فرغ عن بيان ما يخبر به
القاضي من قضائه في زمان ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله * فاذا اخبر القاضي
المقضي عليه بعد العزل بما قضى واسند الى حال ولايته فلا يخلوا ما ان يصدق في ما قال
فلا كلام فيه او يكذب في حقيقته ويصدق في كونه في زمن الولاية او يكذب فيه فان كان
الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال
لرجل اخذت منك الفاء ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال لا خير قضيت بقطع
يدك في حق فقال الماخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك فلما
فالقول قول القاضي لانهم لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهد له اذا القاضي
لا يفتضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين
على القاضي لان ايجابها عليه يفتضي الى تعطيل امور الناس بامتناع الدخول في القضاء *

وفي هذه الصورة لو اقر القاطع او الاخذ بما اقربه القاضي لا يضمن ايضاً لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وامره بالشئ صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الاخذ معاً بنا في حال القضاء فانه لا يضمن الاخذ حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان امرة بالقطع معاً بنا في حال القضاء وان قال الماخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد وبعد الغزل فالقول ايضاً للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان لما مر ان حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكرو القول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من مهد منه الجنون اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون اذا كان ذلك معلوماً بين الناس فالقول قوله حتى لا يقع الطلاق والعناق لاضافته الى حالة منافية للايقاع * وانما قال هو الصحيح احترازاً عما قال شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على ان المنازعة اذا وقعت في الماضي يحكم الحال وفي هذه الحالة فعله موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الزمان عنه * واما في الاولى فقد تصادف انه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهراً لان الاصل ان يكون قضاؤه حقاً ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقربه القاضي ضمناً لانهما اقرب بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لاني ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضاؤه بالتصادق لا يقال الاخذ والقاطع في الصورة الثانية اسند الفعل الى حالة منافية للضمان فكان الواجب ان لا يضمن كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهراً والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي ايضاً لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال باقياً في يد الاخذ وقد اقرب بما اقربه القاضي اخذ منه المال سواء صدقه الماخوذ منه المال

المال في انه فعله في فضله او ادعى انه فعله في غير قضائه لان الاخذ اقرب ان اليد كانت
للماخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد

* كتاب الشهادات *

ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذا القاضي في قضائه
يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة بالحق انها مأمور
بها قال الله تعالى كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ فلا بد من حسنه * وهي في اللغة عبارة
عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي
تنسب عن المعاينة * وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم
بلفظة الشهادة * فالأخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة *
وقوله في مجلس الحكم بلفظة الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات * وسبب
تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات
والابصار في المبصرات ونحو ذلك * وسبب ادائها ما طلب المدعي منه الشهادة او خوف
فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا * وشرطها العقل الكامل والضبط
والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى
عليه مسلما * وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك
لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة لترجيح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد
جعلت موجبة **قوله** الشهادة فرض تلزم الشهود اداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث
لا يسعهم كتمانها اكد الغرض بوصفين وهو المألوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكيد
وشرط مطالبة المدعي تحقيقا لسبب الاداء على ما مر * واستدل بقوله تعالى وَلَا يَأْبَى
الشُّهَدَاءُ اِذَا مَا دُعُوا اي ليقبضوا الشهادة او ليحملوها وسموا شهداء باعتبار ما يؤل اليه
* وهو بظاهرة يدل على النهي عن الالباء عند الدعوة بقوله تعالى وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ

(كتاب الشهادات)

ومن يكتنمها فإنه آثم قلبه وهو بظاهرة يدل على النهي من كتمانها على وجه المبالغة والنهي
عن احدى التقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت التقيض الآخر لا يرتفع التقيضان فاذا
كان الكتمان منهيا عنه كان الاكتمان ثابتا وهو بساوي الاظهار فيكون ثابتا وثبوته
بالاداء ومالم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء واجبا * قال في النهاية النهي عن الشيء
لا يكون امرا بضده اذ لم يكن له ضد واحد واما اذا كان فهو امر به كالنهي عن الكتمان
عما في الارحام فإنه امر بضده وليس بصحيح من المذهب ما عرف في اصول الفقه *
وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ونوقض بما اذا علم
الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد انه ان لم يشهد يضيع حقه فإنه يجب
عليه الشهادة ولا طلب منه والجواب انه الحق بالمطلوب دلالة فان الموجب للاداء
عند الطلب احياء الحق وهو في ما ذكرتم موجود فكان في معناه فالحق به لا يقال قد مر آنفا
ان طلب المدعي سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف رح بقوله وانما يشترط
طلب المدعي فإنه يدل على ان طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط
وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ
فان قلت أما تجعله شرطاً وقوله تعالى ولا ياتى الشهاداء وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة سبباً قلت نعم
لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى اقم الصلوة لدلوك الشمس **قوله**
والشهادة في الحد ورد يخبر فيها الشاهد بين الستر والاظهار الشاهد في الحدود مخبر
بين ان يستر وان يظهر لانه بين ان يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد وبين ان يتوقى
عن هتك المسلم حسبة لله والستر افضل نقلاً وعقلاً اما الاول فقوله عليه السلام للذي
شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمي لو سترته بثوبك وفي رواية بردائك لكان
خبرالك وقوله عليه السلام من ستر علي مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وفيما نقل
من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رض فان فيهاد لالذ ظاهرة على

على افضلية الستر قبل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ لاطلاقه وهو لا يجوز
 بخبر الواحد واجب بان الآية محمولة على المداينة لنزولها فيها ورد بان الاعتبار عموم
 للنظر لا بخصوص السبب والحق ان يقال القدر المشترك في ما نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم
 واصحابه رضي الله عنهم في الستر والدرء متواتر في المعنى فجازت الزيادة به وقيل ان الخبر
 الاول ورد في ما عزو حكايته مشهورة بجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة حكايته ما عز لا يستلزم
 شهرة الخبر الزارد فيها بالستر * واما الثاني فلان الستر والكتان انما يحرم لخوف فوات
 حق المحتاج الى الاموال والله تعالى غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوات
 الحق فبقي صيغته عرض اخيه المسلم ولا شك في فضل ذلك **قوله** الا انه يجب له ان يشهد
 استثناء من قوله يخبروه وهو منقطع لان الشهادة بالمال ليست بداخلة في الشهادة في الحدود
 وانما يجب ذلك لان فيها احياء لحق المسروق منه فيقول اخذ ولا يقول سرق محافظة
 على الستر ولانه بين امرين لا يجتمعان القطع والضمان واحد هما حق الله والآخر
 حق العبد والستر الكلي ابطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار
 السرقة ترجيح حق الله تعالى الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فنعين الشهادة
 على المال دون السرقة **قوله** الشهادة على مراتب الشهادة على مراتب رتبها الشرع
 على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالمرء باعتبار فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى
وَاللّٰتِي يَآتِيْنَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِّسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهِدْنَ عَلَيْهِنَّ اَرْبَعَةً مِنْكُمْ وَاقُولَهُنَّ تَعَالٰى ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا
بِاَرْبَعَةٍ شَهِدَاءَ وَلَمْ يَأْتُوا بِاَرْبَعَةٍ نَّصٍ فِي الْعُدَّةِ وَالذِّكْرِ واما الاسلام والعقل والعبد الذي تقدم
 اشتراطها واما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه ان الله تعالى
 يحب الستر على عباده ولا يرضى باساعة الفاحشة ولا تقبل فيها شهادة النساء الحديث الزمري
 رضي الله عنه مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الخائفتين يعني ابابكر
 وعمر رضي الله عنهما من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والتعصيص تخصيهما بالذكر

(كتاب الشهادات)

لم يورد في حقهما من قوله عليه السلام اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر رضي الله عنهما
ولان في شهادتهما شبهة البدلية لقيامهما مقام شهادة الرجال في غير الحدود وقال الله تعالى
فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ عَلَى سَبَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ
أَيَّامٍ وَانْصَبْ شَهَادَةَ الْبَدَلِ لَان حَقِيقَتُهَا انما يكون في ما امتنع العمل بالبذل مع امكان
الاصل كالأية الثانية وليس شهادة تهن كذلك فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة
الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية لا تقبل في ما يندرج بالشبهات ومنها الشهادة ببنية
الحدود كحد الشرب والسرقة وحد القذف والتقصص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى
وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَانْه عَمَّا يُدْرِيكَ فَاِنْ كُنَا مِنْكُمْ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ وَلَيْسَتْ شَهَادَةُ تَهْن فِيهَا
اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ خلا ان باب الزنا خرج بما تلونا فبقي
الباقى على تناوله **قوله** ولا تقبل فيها شهادة النساء يجوز ان يكون جوابا عما يقال
فالأية هذه عقبته بقوله فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ وليست شهادة تهن فيها
مقبولة ووجهه ان القرآن في الظم لا يوجب القرآن في الحكم ولئن اوجب فعدم قبولها
ما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادة تهن فان قلت ما مسلك الحديث
من الآية ههنا تخصيص ام نسخ قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه وهو
اما التخصيص ان ثبت المقارنة او النسخ وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله
عليه السلام والخليفين يدل على تلقيه الصدر الاول بالقبول فكان مشهورا تجوز الزيادة به
قوله وما سوى ذلك من الحقوق وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق ما لا كان او غيره
كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية اي الوصاية لانه في تعداد غير المال ونحو ذلك يعني
العتاق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين بما تلونا وقال الشافعي رح لا تقبل شهادة النساء
مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالأعارة والإجارة والكفالة والاجل وشرط الخبر واستدل
بان الاصل في شهادة تهن عدم القبول لفصان العقل واختلال الصب وفسور الولاية فانها

فانها لا تصلح للامارة ولهذا اي ولان الاصل عدم القبول لا تقبل في الحدود ولا تقبل
شهادة الاربع منهم وحدث عن الا انها مستثناة من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء
حقوق العباد لكثرة وقوعها ونحو خطرهما فلا يلحق بهما ما هو اعظم خطرا وان لم يوجد كالتكاح
والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والغفو
عن القصاص ولما ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة
التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الاداء والاداء الذي
يحصل به العلم للقاضي ولهذا اي ويكون القبول اصلا فيها قبل اخبارها في الاخبار
ولما قيل ان يقول ما ذكرتم مما يبتني عليه اهلية الشهادة اما ان تكون علة لها او شرطا لاسبيل
الى الادل لان اهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة
لذلك لا جمعا ولا فرادى * والساني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك على انه لا يلزم
من وجوده وجود المشروط والجواب ان اهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر
من الحرية والاسلام والبلوغ * واما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة لها وانما هي علة
لاهلية قبولها فانما لو فرضنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة ايضا
وفاته احد الامور المذكورة المشاهدة او الضبط او الاداء اذا ادى بغير لظنة الشهادة
لم تقبل شهادته وان كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا
يتدبر في كلام المصنف رحمه الله مضاف اي اهلية قبول الشهادة **قوله** ونقصان الضبط جواب
عن قول الشافعي رحمه الله واختلال الضبط وتوجيهه ان يقال ان ذلك بعد التسليم
ان يجبر بضم الاخرى اليه فلم يبق بعد ذلك الاشبهة البدلية فلا تقبل في ما يندري بالشبهات
وتقبل في ما ثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من التكاح وغيرها مما ثبتت بها * اما التكاح
والطلاق نظر ثبوتهما مع الهزل * واما الوكالة والايصاء والاموال فانها تجري فيها كتاب
القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك امارا ثبوتها مع الشبهة فكذلك

ثبت بشهادة النساء مع الرجال * ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله
لنقصان الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن في ماهو مناط التكليف * وبيان
ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب * الاولى استعداد العقل ويسمى العقل المهيولاني
وهو حاصل لجميع افراد الانسان في مبدأ فطرته * والثانية ان تحصل البديهيات باستعمال
الحواس في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكرة وتسمى العقل بالملكة وهو مناط
التكليف * والثالثة ان تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب
ويسمى العقل بالفعل * والرابعة هو ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل
المستفاد * وليس في ماهو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن
في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبية ان شئت فانه لو كان
في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك * وقوله
عليه السلام ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة
والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني ايضا فامل **قوله** وعدم قبول الاربع جواب
عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه ان القياس يقتضي قبول ذلك ايضا لكنه ترك
ذلك كيلا يكثر خروجهن **قوله** وتقبل في الولادة والبكارة اختص قبول شهادة امرأة
واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرها
فهو نص افراد الموصوف على الصفة لا عكسه كما فهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة
رجل وامرأة فيها قوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه
ووجه الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل على الجمع وام يكن ثمة معهود ينصرف
الى الجنس فيتناول الواحدة فمافوتها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي رح
في اشتراط الاربع بناء على ان كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادات
قوله ولانه دليل معقول لنا ووجهه ان الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان نظر

لان نظر الجنس الى الجنس اخف وفي اسقاط العدد تخفيف النظر فيصاريها لان المشتري والثالث
 احوط لما فيه من معنى الالتزام واعتراض بان في هذا التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جواز الاكتفاء
 بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثالث احوط من نظر الواحدة والجواب
 ان يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالتزام يقتضي وجوبه
 فعملنا بهما قلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطاً ثم حكمها اي حكم شهادة امرأة واحدة
 في الولادة شرحناه في الطلاق يعني في باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل
 امرأة فجاءت بولد لستة اشهر فصداً فثبت الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة
 واحدة * وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق
 عند ابي حنيفة رح وقال لا تطلق * وان كان الزوج قد اقر بالحمل طلقت من غير شهادة
 عند ابي حنيفة رح يعني تثبت الولادة بقول امرأة وعند هدايش شرط شهادة القابلة وما حكم
 البكارة فانها سواء كانت مهيرة او مبيعة لا بد من نظر النساء اليها للحاجة الى فصل الخصومة
 بينهما فاذا نظرن اليها وشهدن فاما ان تتأيد شهادتهن بمؤيد او لا فان كان الاول كانت
 شهادتهن حجة وان كان الثاني لا بد ان يضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدن
 بانها بكر فان كانت مهيرة يؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لان شهادتهن تأيدت
 بالاصل وهو البكارة * وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك ولم يقتض
 البيع وهو لزوم فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكولها الي قولهن لان النسخ قوي
 وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع
 وهي بكر وقبله بالله لقد بعته وهي بكر فان حلف لزم المشتري وان نكل ترد عليه فان قيل
 شهادة النساء حجة في ما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل
 بالحديث اجاب بان العيب يثبت بقولهن يعني في حق سماع الدعوى والتحليف
 فان المشتري اذا ادعى عيباً في المبيع لا بد له من اثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية

التحليف والا لكان القول للبائع لتمسكه بالاصل فاذا قلنا انها ثبت ثبت العيب في الحال
وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على انه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي
كانت في يده واما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عند البيهقي رحمه
غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون
شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلوة مقبولة لانها من امور الدين وشهادتهن فيها
حجة كشهادتهن على هلال رمضان وعندهما في حق الارث ايضا مقبولة لانه صوت عند
الولادة والرجال لا تحضرها عادة نصار كشهادتهن على نفس الولادة فالجواب ان المعتبر
في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال
الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء **قوله** ولا بد في ذلك كله من العدالة
لابد في المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون حسنات
الرجل اكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر
ولنظة الشهادة حتى لو قال الشاهد عند الشهادة اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته في تلك
الحادثة في ذلك الوقت واما اشتراط العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء
والفاسق لا يكون مرضيا ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الشهادة
حجة باعتبار الصدق والعدالة هي المعينة للصدق فهي علمة الحقيقة وما سواها معدات
ولان من يتعاط غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه ايضا وعن ابي يوسف رحمه
ان الفاسق اذا كان وجيها اي ذا قدر وشرف في الناس ذا مروءة اي انسانية والهدنة
وتشديد الواو فيها لغتان تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجهته ويمتنع عن الكذب لمروته
والاول يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذا مروءة كان او لا اصح لان قبولها
اكرام للفاسق ونحن امرنا بخلاف ذلك قال عليه السلام اذا قيمت الفاسق فאלقه بوجه
مكفهرو المعلن بالفسق لا مروءة له لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا واما

وأما لفظ الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها إذا صر فيها بهذه اللفظة قال الله تعالى
وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ وَأَشْهَدُوا أَنْبَاءَكُمْ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدِينَ وقال عليه السلام إذا علمت
 مثل الشمس فأشهد والإفدع ولان في لفظ الشهادة زيادة توكيد لدلائلها على المشاهدة
 ولان قوله أشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد وهو المتصور
 بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه للمتعمم فيجوز تبديل ما هو اصرح فيه به وقوله في ذلك
 يريد به ما وقع في المختصر من قوله ولا بد في ذلك اي في جميع ما تقدم حتى تشترط
 العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما تقدم
 ان فيه من معنى الالتزام حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والاسلام
 وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظ الشهادة * فاذا
 اقام المدعي الشهود فلا يخلو اما ان يطعن الخصم او لا فان كان الثاني قال ابو حنيفة ر ح
 يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم
 لقوله صلى الله عليه وعلى آله واصحابه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض
 الامم ود في قذف وروي مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانجرار عما هو
 محرم دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت المدعي
 استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما اشار اليه بقوله اذا لا وصول الى القطع
 وبيانه انه لو لم يكتف بالظاهر لا حتم الى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل ايضا
 صلب بالظاهر لما ان الظاهر ان قول المزكي صدق بالكلام فيه كالاول وهلم جرا ويدور
 او يتسلسل ويجوز ان يقال الظاهر ههنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق وبيان ذلك ان دعوى
 المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبرائة الذمة كذلك وبظاهر العدالة
 اندفع معارضة الذمة فكان دافعا **قوله** الا في الحدود والقصاص استثناء من قوله ولا يسأل
 حتى يعطى الخصم الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتمل لاسقاطها

فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها عسى يطلع على ما يستطبه ذلك وان كان الاول يسأل عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر ان المسلم لا يكذب بالظعن على مسلم لاجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي الى الترجيح وقال ابو يوسف ومحمد روح لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلاية في جميع الحقوق لان مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من التعرف عن العدالة وفي السؤال عن القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبدا او كفارا وتبين هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة روح اجاب في زمانه فكان الغالب منهم عدولا واما اجاباه في زمانها وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك ابو حنيفة روح لقال بقولهما وانهما اقال والفتوى على قولهما في هذا الزمان **قوله** ثم التزكية في السرا علم ان التزكية على نوعين * تزكية في السر وتزكية في العلانية * فالاولى ان يبعث الحاكم المستورة وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبيعها سرا بيد امينه الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام الى المعدل مكتوبا فيها النسب والحملي بكسر الحاء وضمتها جمع حلية الانسان صفته وما يرى منه من لون وغيره والمصلح ابي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغي ان يبعث الى كل من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا يكون طماعا ولا فقيرا يتوهم خداعه بالمال فقيها يعرف اسباب الجرح والتعديل من جيرانه واهل سوقه فمن عرفه بالعدل الذي يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الهتك او يقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضى القاضي بشهادته فمح يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة افسق يكتب تحت اسمه مستورا ويرد بها المعدل الى الحاكم وينبغي ان يكون كل ذلك سرا كيلا يظهر فيخدع او يقصد الخداع والثانية

والثانية ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد
ليستفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين قديتفقان في الاسم والنسبة وقد كانت التزكية بالعلانية
وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لان القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوفى عن الجرح
لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى ووقع الاكتفاء بالسري زمانا لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم
الجارح بالاذى ويروى عن محمد ر ح انه قال تركمة العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد للمعدل
ان يقول هو حر عدل جائز للشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية
ثابتة بالادار قال المصنف ر ح وهذا اصح لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر
من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن اسلامه وحرية وانما يسأل عن عدالته
قال ابو حنيفة ر ح على طريقة قوله في المزارعة من التخريم وعلى قول من يقول بالسؤال
اذا سأل لم تقبل قول المدعى عليه هم عدول الا انهم اخطأوا ونسوا ويقبل اذا قال صدقوا
او هم عدول صدقة لانه اعترف بالحق وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه تجوز تركمة لكن
عند محمد ر ح يضم تركمة الاخر الى تركمة لان العدل شرط عند هذا اذا كان عدلا يصلح
مركبا فان كان فاسقا او مستورا وسكت عن جواب المدعى ولم يجحد فلما شهد واعليه
قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لان العدل شرط في المركزي عند الكل ووجه ظاهر الرواية
ان في زعم المدعى وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا
لاشراط العدل فيه بالاتفاق ولما قيل ان يقول تعديل الخصم اقرار منه بشبوت الحق عليه فكان
مقبولا لان العدل ليس بشروط في المقترب للاتفاق والجواب ان المصنف ر ح قال موضوع المسئلة
اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا ونسوا ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام
مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار على نفسه ويرد في الغير للتهمة والجواب انه
لا اقرار فيه بالنسبة الى ما عليه لانه نسبهم في ذلك الى الخطاء والنسيان فاني يكون اقرارا
قوله واذا كان رسول القاضي واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود بلنظ المبنى

للمفعول واحدا جاز والاثنان افضل عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ر ح
 لا يجوز الا اثنان ذكر في شروح الجامع الصغير ان المراد بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك
 في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي
 ورسول المزكي الى القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد ر ح ان التزكية في معنى الشهادة
 لان ولاية القضاء يبتني على ظهور العدالة والعدالة بالنزكية فولاية القضاء يبتني
 على ظهور التزكية واذا كانت في معناها يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما يشترط
 العدالة وتشترط المذكورة فيه في الحدود والاربعة في تزكية شهود الزنا ولهما انه ليس
 في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء فلا يشترط فيه ما يشترط
 فيها * سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة امر حكسي ثبت بالنص على خلاف
 القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما يكون
 بالنواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا العدد كما في رواية الاخبار فلم يثبت بالعدد
 المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها
 الى التزكية فان قيل فيلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب انما
 الحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر اللاحاق والتعديّة
 جميعا **قوله** ولا يشترط اهلية الشهادة في تزكية السر لا يشترط في المزكي فيها اهلية الشهادة
 فصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذلك
 العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف وفيه بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية
 ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانية والجواب
 ان الخصاف شرط ان يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرط في
 احدهما دون الآخر واليه اشار بقوله على ما قاله الخصاف نال في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون
 المزكي في العلانية غير المزكي في السرا ما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية فصل

* فصول *

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحملها الشاهد وهو على نوعين
 احدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب
 والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم
 الحاكم ورأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له ان يشهد به وان لم يشهد
 عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه وكل من علم ذلك جاز له
 الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى ^ش الا من شهد بالحق وهم يعلمون
 وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع قيل جعل العلم بالموجب
 ركناً في الاداء مخالف للنصين جميعاً فانهما يدايان على شرطيه لا على ركنيته اذا احوال
 شروط واذا موضوعه للشرط واجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة
 الى شدة احتياج الاداء اليه **قوله** ويقول اشهد انه باع اي اذا سمع المبايعه ولم يشهد
 عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع
 الاقرار من وراء حجاب يحجب عن رؤية شخص المقر لا يجوز له ان يشهد ولو فسر
 للقاضي بان قال اشهد بالسماع من وراء الحجاب لا يتبله لان النعمة وهو الكلام الخفي
 تشبه النعمة والمشتبه لا يفيد العلم فانتقى المطلق للاداء وقوله الا اذا كان استثناء من قوله
 لا يجوز له ان يشهد الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب
 وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بانها فلانة
 بنت فلان فانه جاز له ان يشهد كذا اذا رأى شخص المقر حال الاقرار لرقعة الحجاب
 وليست رؤية الوجه شرطاً ذكره في الذخيرة لانه حصل العلم في هذه الصورة **قوله**
 ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل
 الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد فاذا سمع شاهد يشهد بشيء

(كتاب الشهادات — * فصل — * ل)

لم يجزله ان يشهد على شاهدته لان الشهادة اى شهادة الاصول موجبة بالنقل الى مجلس
القضاء ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل * والاول اشارة الى مذهب محمد بن ح فانه يقول
بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل * والثاني اشارة الى مذهب ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله فانهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام
فخر الاسلام اما على قول ابني حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فان الحكم يضاف الى القروع
لكن تحميلهم انما يصح ببيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليست بحجة فيجب
النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فتبين ان التحميل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من
النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالب لئلا ناسلمنا ان النقل لا بد منه لكن توقفه على التحميل
يحتاج الى بيان فلو سلطنا فيه ان نقول الشهادة على الشهادة تحميل لانا لانني بها الا ذلك
ولا تحميل فيما لا يشهد تم البيان وعلى هذا اذا سمع الشاهد يشهد الشاهد على شهادته
لم يسع له ان يشهد لانه ما حملة وانما حمل غيره **قوله** ولا يحل للشاهد ان رأى خطه الشاهد
اذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط والمشتبه
لا يفيد العلم كما تقدم قيل هذا على قول ابني حنيفة رحمه الله بناء على ان لا يعمل بالخط ويشترط
الحفظ ولهذا قلت روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الاداء
وعندهما يحل له ذلك رخصة وقيل هذا اي عدم حل الشهادة بالاتفاق وانما الخلاف
فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا عنده فثبتته في قبطره اي خريطته وجاء المشهود له
يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم او قضيته اي وجد حكمه مكتوبا في خريطته كذلك
فان ابا حنيفة رح لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي لكثرة اشتغاله
يعجز عن ان يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جاز له
الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرر عنه فاذا كان في قبطره فهو تحت ختمه
فالظاهر انه لم يصل اليه يد مغيرة والقاضي مأمور باتباع الظاهر ولا كذلك الشهادة في الصك

في الصك لانه في بدغيره وعلى هذا الاختلاف اذا تذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة
 واخبره قوم ممن يثق بهم اناشهدنا نحن وانت فانه قيل يحل لذلك بالاتفاق وقيل لا يحل
 عند ابي حنيفة ر ح خلافا لهما **قوله** ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه قد تقدم
 ان العلم شرط اداء الشهادة فلا يجوز ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح
 والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به
 وهو استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاتفاق الكبير
 وقد تقدم معناه في اول الكتاب وذلك بالعلم اي بالمشاهدة فكانه من باب القلب لان العلم
 يكون بالمشاهدة ويجوز ان يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من اسباب العلم ولم يحصل
 فصار كالبيع فانه لا يجوز للشاهد ان يشهد به بالسمع بل لابد من المشاهدة ووجه الاستحسان
 ان هذه الامور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادعى الى الحرج وتعطيل الاحكام
 لانها امور تخص بمعاينة اسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها الا هم وقد يتعلق بها احكام
 تبنى على انتضاء القرون كالارث في النسب والموت والنكاح وثبوت المالك في قضاء القاضي
 وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب في الدخول فلو لم تقبل فيها الشهادة
 بالتسامع ادعى الى ذلك وهو باطل بخلاف البيع لانه مما يسمعه كل احد فان قيل
 هذا الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم في ما نحن فيه اجاب
 بقوله وانما يجوز للشاهد يعني لا نسلم ان لا علم في ما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد ان يشهد
 بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب وبين ان العدد فيمن
 يثق به شرط وهو ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأان ليحصل له نوع علم وهذا
 على قول ابي يوسف ومحمد ر حهما الله واما على قول ابي حنيفة ر ح فلا تجوز الشهادة
 ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر * واذا ثبتت الشهادة عندهما
 بخبر عدلين يشترط ان يكون الاخبار بلفظة الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة

علم شرعاً لا يوجبها لفظ الخبر وقبل يكفي في الموت باخبار واحد او واحدة فرقوا جميعاً بين الموت والأشياء الثلاثة أي النكاح والولادة وتقليد الإمام القضاء لأن الغالب فيها أن يكون بين الجماعة إمام النكاح فإنه لا يعتد بالشهادة اثنين والولادة فإنها تكون بين الجماعة في الغالب وكذلك تقليد الإمام القضاء وأما الموت فإنه قلما يشاهده غير الواحد إذا كان الإنسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج بخلاف النسب والنكاح **قوله** وينبغي أن يطلق أداء الشهادة بيان لكيفية الأداء وينبغي أن يطلق ذلك فيقول في النسب أشهد أن فلان بن فلان كما نشهد أن أبا بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما ابن أبي قحافة والخطاب ولم نشهد شيئاً من ذلك فاما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الأملاك تطلق الشهادة فإذا فسر بأنه إنما يشهد لأنه رآه في يده لا تقبل كذا هذا ولو رأى أنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد بكونه قاضياً وإن لم يعاين تقليد الإمام أياه وإذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتاً وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر أنبساط الأزواج جاز له أن يشهد بانها امرأته فإن سأله القاضي هل كنت حاضر أفعال لا تقبل شهادته لأنه يحل له أن يشهد بالتسامع كما نشهد بامهات المؤمنين أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فعلى الروية الأولى * وقيل لا تقبل لأنه لما قال لم يعاين العقدتين للقاضي أنه يشهد به بالتسامع ولو قال أشهد لاني سمعت لا تقبل فكذا هذا ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسره للقاضي قبله لأنه لا يدفن إلا الميت ولا يصلى إلا عليه ولو قال لا نشهد أن فلان مات أخبرنا بذلك من يثق به جازت شهادتهما هو الأصح * وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكره الخصاص أنه يجوز لأنه امر يتعلق به أحكام مشهورة كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل **قوله** ثم قصر الاستثناء في الكتاب بيان أن الشهادة بالتسامع هل هي مقصورة في ما ذكر في الكتاب أو لا ففي

ففي ظاهر الرواية انه مقصورة وعن ابي يوسف رح آخر انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب
قال عليه السلام الولاء لحمة كل حمة النسب والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كما مر
فكذا على الولاء الا يرمى انا شهدان قنبر مولى علي رضي الله عنه وعكرمة مولى
ابن عباس رضي الله عنه وان لم ندرك ذلك وعن محمد رح انها تقبل في الوقف لانه تبقى
على مر الاعصار والجواب عن قول ابي يوسف رح ان الولاء يمتني على ازاله ملك
اليمين ولا بد فيه من المعاينة لانه يحصل بكلام يسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه
الى اقامة التسامع مقام البيئة قال شمس الائمة السرخسي رح الشهادة على العتق بالتسامع
لا تقبل بالاجماع واما الوقف فذهب بعض المشائخ الى انها لا تحل فيه بالتسامع مطلقا
ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل في اصله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
دون شرائط لان اصله هو الذي يشتهر ولا بد من بيان الجهة بان يشهدوا انه وقف على
هذا المسجد او المقبرة او ما شبهه حتى لو لم يذكر وانك في شهادة تهم لا تقبل كذا في الذخيرة
قوله ومن كان في يده شيء رجل رأى عينا في يدا آخر ثم رآها في يد غيره والاول يدعى
الملك وسعه ان يشهد بانه للددعي لان البدا قصي ما يستدل به على الملك اذ هي
مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عاين البيع او غيره من الاسباب
لا يعلم ملك المشتري الا بملك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد واتصى ما يستدل به
كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالاجماع فانها اذا لم يجز
بحكم البدا انسداد بابها وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له لان الاصل
في الشهادة العلم بالنص وعند اعواز ذلك يصار الى ما يشهد به القلب قالوا ويحتمل
ان يكون هذا اي ما ذكرتم من شهادة القلب تفسير الاطلاق محمد رح في الرواية وهو
قوله وسعك ان تشهد انه له يعني اذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذاك كائنا في الشهادة
لقبلها القاضي اذا قيدها الشاهد بما استناد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك واجيب باننا

(كتاب الشهادات — * فصول *)

جعلنا العيان مجوزاً للشاهد ان يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا * واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يستلزم ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنتها واراد ذواليدان يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري ان تكون الدار ملك الشفع لان العيان ليس سبباً للوجوب وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا وهو الخصاف لان اليد متنوعة الى امانه وملك فلا يفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها * والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال فينتفى العلم * ثم هذه المسئلة على وجوه اربعة بالتسمة العقلية لانه اما ان عاين الملك والمالك او لم يعاينهما او عاين الملك دون المالك او بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه انه له حل له ان يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسدع من الناس ان فلان بن فلان ضبعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس ان لا تحل له الشهادة لانه شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود به وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له * وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم * الا يرى ان صاحب الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها الجواز الشهادة بالملك مبطلاً لحقها ولا يجوز ذاك وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال وهي باطله واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصد او هو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار بالمتضمن وان كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به **قله** واما العبد والامة مردود الى قوله

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

وله سوى العبد والامة * وتقريره ان الرجل اذا رأى عبدا او امة في يد شخص فلا يخلو ما ان يعرف رقهما ولا فان كان الاول حل له ان يشهد انهما ملك من هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان الثاني فاما ان يكونا صغيرين لا يعبران عن انفسهما او كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يدل عليهما علي انفسهما وان كان الثاني وهو ممن يعبر عن نفسه عاقلاً غير بالغ كان اي بالغاً فذلك مصروف الاستثناء بقوله سوى لعبد والامة فان اليد في ذلك لا تدل على الملك لان لهما يد اعلى انفسهما فتدفع يد الغير عنهما حكماً حتى ان الصبي الذي يعتق ان اقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به لمقرله ما يصنع لمملوكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كان بتغيرهما عن انفسهما واعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعي رقهما واجيب بانه انما لم يعتبر ذلك لشبوت الرق عليهما للدولى في الصغير وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما راق وعن ابي حنيفة رح انه قال يحل له ان يشهد فيهما ايضاً اعتبار بالثياب وحكذا روي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فجعلوا اليد اعلى الملك في النكاح * الا يروى ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره دون اليد يدعي لنفسه فالقول لذى اليد لان الظاهر شاهده لقيام يده كما في الثياب والدواب والفرق ما بيناه وهو قوله لان لهما يد اعلى انفسهما يد فعان بهما يد الغير عنهما بخلاف الثياب

* باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع * وقدم ذلك على هذا لانه مجال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط * واصل رد الشهادة ومبناه التهمة قل عليه السلام لا شهادة لمتهم ولانها خبر بخبر والصدق والكذب وحجيته بترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا بترجح * وهي قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق فان لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه

(كتاب الشهادات — * فصل *)

جعلنا العيان مجوزاً للشاهدان يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا * واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يستلزم ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها واراد ذواليدان يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري ان تكون الدار ملك الشفع لان العيان ليس سبباً للوجوب وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا وهو الخصاف لان اليد متنوعة الى امانه وملك فلا يفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها * والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال فينتفى العلم * ثم هذه المسئلة على وجوه اربعة بالتسمة العقلية لانه اما ان عاين الملك والمالك او لم يعاينهما او عاين الملك دون المالك او بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه انه له حل له ان يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسدع من الناس ان لدلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا الا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس ان لا تحل له الشهادة لانها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود به وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له * وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم * الا يرى ان صاحب الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها الجواز الشهادة بالملك مبطلاً لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال وهي باطلة واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصد او هو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن وان كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به **قوله** واما العبد والامة مردود الى قوله

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

قوله سوى العبد والامة * وتقريره ان الرجل اذا رأى عبدا او امة في يد شخص فلا يخلو
اما ان يعرف رقهما ولا فان كان الاول حل له ان يشهد انهما ملك من هما في يده
لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان الثاني فاما ان يكونا صغيرين لا يعبران
عن انفسهما او كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يدل لهما على انفسهما وان كان الثاني
وهو ممن يعبر عن نفسه عاقلاً غير بالغ كان او بالغاً فذلك مصروف الاستثناء بقوله سوى
العبد والامة فان اليد في ذلك لا تدل على الملك لان لها يد اعلى انفسهما فتدفع يد الغير
عنهما حكماً حتى ان الصبي الذي يعقل ان اثر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به
المقر له ما يصنع لمملوكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كان بتعبيرهما عن انفسهما
لا اعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعي رقهما واجيب بانه انما لم يعتبر
ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى في الصغير وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق
وعن ابي حنيفة رح انه قال يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وكذا روي
عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فجعلوا اليد دليل على الملك في الكل * الا يرى ان من
ادعى عبدا او امة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذى اليد لان الظاهر شاهد له
لقيام يده كما في الثياب والدواب والفرق ما بيناه وهو قوله لان لهما يد اعلى انفسهما يد فعان
بهايدا الغير عنهما بخلاف الثياب

* باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة
ومن لا تسمع * وقدم ذلك على هذا لانه مجال الشهادة والحال شروط والشروط مقدمة
على المشروط * واصل رد الشهادة ومبناه التهمة قل عليه السلام لا شهادة لمنهم ولانها خبر يحتل
الصدق والكذب وحججه ترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح * وهي قد تكون لمعنى
في الشاهد كالفسق فان من لا يترجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا يترجر عنه

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

ايضا فكان منهما بالكذب * وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة بهائيتهم بايثار المشهود له على المشهود عليه كالولادة * وقد تكون لخلل في اداة التمييز كالعدي المنضي التي تهمة الغلط فيها * وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالحديد في التدف قال الله تعالى فَاذْلُمُوا بِآيَاتِ الشَّهَادَةِ فَاُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْغَادِرُونَ قوله ولا تقبل شهادة الاعمي شهادة الاعمي اما ان تكون في الحدود والتفاصيل او لان كان الاول فليست بقبولة بالاتفاق وان كان الثاني فاما ان يكون مما يجري فيه التسامع كالسب والموت او لان كان الاول فليست عند زفر راج وهور واية ابن شجاع عن ابي حنيفة راج وان كان الثاني فان كان بصير وقت التحمل والمشهود به غير منقول فليست عند ابي يوسف والشافعي ورحمهما الله وان انتفى احدهما لم تقبل بالاتفاق * فالمعتبر عند ابي يوسف راج الابصار عند التحمل وعندهما استمارة حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء اعتنع القضاء * اما عدم القبول في الحدود والتفاصيل فلانها تدرك بالشبهات والصوت والشمعة في حق الاعمي يقام مقام المعاينة والحدود لا يثبت بما يقوم مقام الغير وما وجد قول زفر راج فهو ان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب ان من لا تقبل شهادته في ما لا يجري فيه التسامع لا تقبل في ما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون وسائر جواب آخر وما وجد قول ابي يوسف والشافعي ورحمهما الله فهو ان العلم بالمعينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول ولا خلل في القول لان لسانه غير مؤف فكان المقتضي لصحة التحمل والاداء موجودا او المانع وهو عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصارت الشهادة على الميت اذا شهد اعلى الميت بان لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكر نسبه * والجواب لابي حنيفة ومحمد ورحمهما الله ان لا نسلم ان القول يستبد بتحصيل الاداء بل الاداء منتظر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمي الا بالنسبة وفيه

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

وفيه اي في النعمة بتا ويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بنجس الشهود فان بالشهود البصراء كثرة وفيه غنية عن شهادة الاعمي * والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لاجل كتاب القاضي الى القاضي فانها تقبل ولا اشارة ثم لم يتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمي * وفي قوله يمكن التحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بنجس الشهود غير ممكن لان المدعي وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة تمام الاشارة عند موت المشهود عليه او غيبته والى الجواب عما يقال من اعتبارتم النعمة مميزة للاعدي في ما هو اعظم خطرا من الاموال وهو وعلى زوجته وجاريته فانه لا يميزهما عن غيرهما الا بالنعمة وذلك تناقض * وتقرر ذلك ان الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورة بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون التحاز وفيه اشارة ايضا الى الجواب عن الميت فصار كالحادث والقصاص في كون النسبة غير مفيدة للتعريف * واماموجه ابي حنيفة ومحمد ردهما للمانع القضاء بالعسي الطاريء بعد الاداء فهو ان شرط القضاء قيام اهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عند ادائها لقيام لها بالعسي فصار كما اذا خرس او جن او فسق فانهم اجتمعوا على ان الشاهد اذا خرس او جن او ارتد بعد الاداء قبل القضاء لا يقضى القاضي بشهادته * والامر الكلي في ذلك ان ما يمنع الاداء يمنع القضاء لان المقصود من ادائها القضاء وهذه الاشياء تمنع الاداء بالا جماع فيمنع القضاء والعسي بعد التحمل يمنع الاداء عندهما فيمنع القضاء وعند ابي يوسف ربح لا يمنع الاداء فلا يمنع القضاء **قوله** بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا جوباب عما يقال لانسام ان قيام الاهلية وقت القضاء شرط فان الشاهد اذا مات او غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء ولا اهلية عنده ووجه ذلك ان الاهلية بالموت انتهت والشيء بتقرير انتهائه وبالغيبة ما بطلت **قوله** ولا المملوك لا تقبل شهادة المملوك لان الشهاد ة ولاية متعدي وليس له ولاية فاصرة فالولى ان لا تكون له

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

ولاية متعددة ولا المحدود في تذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً ووجه الاستدلال ان الله تعالى نص على الابد وهو ما لا نهاية له والنصيص عايدنا في القبول في وقت ما وان معنى قوله لهم المحدودين في التذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في تذف ولانه يعني رد الشهادة من تمام الحد كونه مانعا عن التذف كالجلد والحد وهو الاصل فيبقى بعد التوبة لعدم سقوطها فكذلك اعتبارا بالاصل **قوله** بخلاف المحدود في غير التذف جواب عما يقال المحدود في التذف فاسق بقوله تعالى **واولئك هم الفاسقون** والفاقد اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير التذف * ووجد ذلك ان رد الشهادة ان كان بالفاسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود في غير التذف واما اذا لم يكن كذلك كالمحدود في التذف فانه من تمام الحد كما ذكرنا وليس الفاسق اذا الحكم **الثابت** له بقوله تعالى **ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا الا انه ي من القبول** وقال الشافعي رح تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى **الا الذين تابوا استثنى التائب والاستثناء ينصرف الى الجميع** فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً الا الذين تابوا * والجواب انه منصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى **واولئك هم الفاسقون** وليس بمعطوف على ما قبله لان ما قبله طلبى وهو اخباري فان قلت فاجعله بمعنى الظلمى اصح كما في قوله تعالى وبالوالدين احسانا قلت يا اباه ضمير الفصل فانه يفيد حصرا حد المسندين في الآخرة هو يؤكدا الاخبارية * سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل * سلمناه لكنه كان اذا كان جزاء فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تناقض ظاهر * سلمناه لكنه كان ابدا مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود * سلمناه لكن جعله مجازا ليس بالولى من جعل الاستثناء منقطعاً بل جعله منقطعاً اولى دفعا للحدورات وتمام العنور على هذا المبحث يقتضي مطالعة في تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة **قوله** ولو وحد الكافر يعني اذا احد الكافر في تذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فاذا اسلم جازت شهادته

شهادته مطلقاً لان للكافر شهادة على مثله ومن له ذلك وحده في القذف كان رد شهادته من تمة حدة وبالإسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في القذف ثم اعنق لم تقبل شهادته لانه لم تكن له شهادة الا ما كان بعد العنق فجعل ردّها من تمام حدة وطرب بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام وبين العبد اذا حد في القذف حيث جعل القذف قائماً في حقه الى حصول اهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قائماً الى حصول نفوذ الولاية فلا ينقلب موجبا وفرق بينهما بان الزنا لم ينعقد موجبا في دار الحرب لا تقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عنداء كانه واعترض على كلام المصنف رح بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعناق لانه اذا حد بعد الاعناق نرد الشهادة ايضا لملافة الحد وقت قبول الشهادة فاحب الرد واما اذا قذف الكافر مسلماً ثم اسلم فحد في حال اسلامه لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مفيد او الجواب ان فائدة تطبيق المسئلتين في عروض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحجوج الى الفرق واما ان الشهادة لا تقبل بعد الاعناق كما انها لا تقبل قبله فلا ينافيه **قوله** ولا شهادة الوالد لولده لا تقبل شهادة الوالد لولده وولد لولده ولا شهادة الولد لابيه واجدانه لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيدته ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره قيل ما فائدة قوله لسيدته فان العبد لا شهادة له في حق احد واجيب بانه ذكره على سبيل الاستطراد فانه عليه السلام لما عدّ مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الغرض لم تقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكوة اليهم واتصالها يوجب ان تكون الشهادة لنفسه من وجه او ان تتمكن فيه شبهة قال المصنف رح والحد بالاجير على ما قال

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

ولاية متعددة ولا المحدود في قذف وإن تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الأبد وهو ما لا نهاية له والتنصيص على الأبد في القبول في وقت ما وإن معنى قوله لهم للمحدودين في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدوداً في قذف ولأنه يعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعاً عن القذف كالجلد والحد وهو الأصل فيبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا اتتمد اعتبار الأصل **قوله** بخلاف المحدود في غير القذف جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى وأولئك هم الفاسقون والفسق إذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف * ووجه ذلك أن رد الشهادة إن كان بالفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود في غير القذف وأما إذا لم يكن كذلك كالمحدود في القذف فإنه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق إذا الحكم الثابت له بقوله تعالى إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا لا النهي عن القبول وقال الشافعي رح تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى إلا الذين تابوا استثنى التائب والاستثناء ينصرف إلى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً إلا الذين تابوا * والجواب أنه منصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون وليس بمعطوف على ما قبله لأن ما قبله طلبى وهو اخباري فإن قلت فاجعله بمعنى الطلبى ليصح كما في قوله تعالى وبالوالدين احساناً قلت ياباه ضمير الفصل فإنه يفيد حصر أحد المسندين في الآخر وهو يؤيد كذا الاخبارية * سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الأصل * سلمناه لكنه كان إذا كان جزءاً فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تناقض ظاهر * سلمناه لكنه كان أبداً مجازاً عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود * سلمناه لكن جعله مجازاً ليس بالولى من جعل الاستثناء منقطعاً بل جعله منقطعاً أولى دفعا للمحذورات وتام العور على هذا المبحث يقتضي مطالعة في تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة **قوله** ولو وحد الكافر يعني إذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فإذا أسلم جازت شهادته

شهادته مطلقا لان للكافر شهادة على مثله ومن له ذلك وحده في القذف كان رد شهادته من تامة حدة وبالاسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا احدى في القذف ثم اعنق لم تقبل شهادته لانه لم تكن له شهادة الا ما كان بعد العنق فجعل ردّها من تمام حدة وطولب بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام وبين العبد اذا احدى في القذف حيث جعل القذف قائما في حقه الى حصول اهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قائما الى حصول نفوذ الولاية فلا ينقلب موجبا وفرق بينهما بان الزنا لم ينعقد موجبا في دار الحرب لا تقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاعمال فيوجب الوصف عند مكانه واعترض على كلام المصنف رح بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعناق لانه اذا احدى بعد الاعناق ترد الشهادة ايضا لملافاة الحد وقت قبول الشهادة فاحب الرد واما اذا قذف الكافر مسلما ثم اسلم فحد في حال اسلامه لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام منبذ او الجواب ان فائدة تطبيق المسئلتين في عروض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحجوج الى الفرق واما ان الشهادة لا تقبل بعد الاعناق كما انها لا تقبل قبله فلا ينافيه **قوله** ولا شهادة الوالد لولده لا تقبل شهادة الوالد لولده وولد لولده ولا شهادة الولد لابويه واجدانه لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة الوالد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيدته ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره قيل ما فائدة قوله لسيدة فان العبد لا شهادة له في حق احدى واجب بانه ذكره على سبيل الاستطراد فانه عليه السلام لما عدّ مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الغرض لم تقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكوة اليهم واتصالها يوجب ان تكون الشهادة لنفسه من وجه او ان تتمكن فيه شبهة قال المصنف رح والمراد بالاجير على ما قال

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

إذا وصي بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصاً إذا كان الغناء من المرأة فإن نفس رنع الصوت منها حرام فضلاً عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد ههنا بقوله للناس وتيد به في ما ذكر بعد هذا في غناء الرجل ولا مد من الشرب على الله ولا نه ارتكب محرماً دينه والمراد به كل من ادعى على شرب شيء من الاشربة المحرمة خمر كانت ارجيرها مثل السكر وتبيع الذبيح والمنصف * وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فإن المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وإن كان كبيرة ولا من يلعب بالظبور لانه يورث غفلة لا يؤمن بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع لعب ولا نه تد يقف على عورات النساء بصعود سطحه لتطير طيرة وذلك فسق * فاما اذا كان يستأنس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا خرجت من البيت فانها تأتي بحمامات غيره فيفرخ في بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكلًا للحرام وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالظبور وهو المغني فهو مستغن عنه بقوله ولا من يغني للناس فانه اعم من ان يكون مع آله الله هو ولا * وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لانها كانت على الاطلاق وهذا يقيد كونه للناس حتى لو كان غناؤه في نفسه لازالته وحشته لا بأس به عند عامة المشائخ رحمهم الله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختاره المصنف روح وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة واصل ذلك ما روي عن انس بن مالك رضي الله عنه انه دخل على اخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم * ومن المشائخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام خواهر زادة وحمل حديث البراء على انه ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد يطلق على ذلك **قوله** ولا من يأتي بأباً من الكبائر من اتى بشيء من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وستقطعه الله * هذا بناء على ان الكبيرة اعم مما فيه حداً وقتل وقال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع التي ذكرها

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

ذكرها رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم في الحديث المعروف وهو الاشراف بالله والفرار
 من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم
 ما كان حراما لعينه فهو كبيرة ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام ولا
 من يأكل الربوا لانه كبيرة ولا من يلعب بالنرد والشطرنج اذا انضم اليه احد امور ثلثة *
 النذر * وتقويت الصلوة بالاستغفار به * او كثار الايمان الكاذبة لان هذه الاشياء من الكبائر
 والمصنف رحمه الله ذكر الثالثة لان الغالب فيه الاولان * ولم يفرق بين النرد والشطرنج
 في شرط احد الامرين وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مستقطا للعدالة مجرورا لقوله
 عليه السلام ملعون من لعب بالنرد والملعون لا يكون عدلا * ويجوز ان يكون افراد قوله
 فاما مجرور اللعب بالشطرنج فليس ينسق مانع من قبول الشهادة اشارة الى ذلك **قوله**
 لان الاجتهاد فيه مساهة قيل لان مالكا والشافعي رحمهما الله يقولان بحل اللعب بالشطرنج
 وشرط ان يكون آكل الربوا مشهورا به لان الانسان قل ما يجوع عن مباشرة العقود
 الفاسدة وكل ذلك ربوا فلوردت شهادته اذا ابتلى به لم يبق احد مقبول الشهادة
 غالبا وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يستقط العدالة وان لم يشتهر به لعدم عموم
 البلوى **قوله** ولا من يفعل الانفعال المستحقة وفي نسخة المحقرة وفي اخرى المستحقة
 وفي الاخرى المستحقة كلها على اسم المتعول سوى المستحقة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف
 وهو النسبة الى السخف وهورقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وصحيح
 صاحب المغرب هذه الاخيرة كالبول والا كل على الطريق اي البول بين الناس
 لان فيه ترك المروءة فاذا كان لا يستحيي من مثل ذلك فالظاهر انه لا يستمع عن الكذب
 فكان متهما ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون رضي الله عنهم
 منهم ابو حنيفة رحمه الله اظهر فسقه وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهر دونه وعدل
 روى ابن سماعه عن ابي يوسف رحمه الله قال لا قبل شهادة من سب اصحاب رسول الله

(كتاب الشهادات — *باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل*)

عليه السلام واقبل شهادة من يتبرأ منهم وفرقوا بان اظهاره سنه لا ياتي به الا الاسقاط
 السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لان يعتقد ديناً وان كان على باطل
 فلم يظهر فسقه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطا بية منهم واليهوى ميلان النفس
 الى ما تستلذه من الشهوات وانما سبوا به لما تبعتهم النفس ومخالفتهم السنة كما اخوارج
 والروافض فان اصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم
 كلوا حد منهم يفترق اثنا عشرة فرقة وقال الشافعي رح لا تقبل شهادتهم لانه اغلظ وجوه
 النسق اذ النسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي * ولنا انه فسق من حيث
 الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون ديناً
 فصار كحنتي شرب الميثاق او شافعي اكل متروك التسمية عامداً معتقداً ابا حنيفة فانه
 لا يصير به مردود الشهادة والخطا بية قبل هم غلاة من الروافض ينسبون الى
 ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنايس لانه كان يزعم ان علياً
 رضي الله عنه الآله الاكبر وجعفر الصادق الآله الاصغر وقيل قوم منهم يعتقدون ان من ادعى
 منهم شيئاً على غيره يجب ان تشهد له ببقية شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم * فرد
 شهادتهم * لانهم كفرون ان كانوا كما قيل ولا يمكن التهمة في شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانياً ولنا
قوله وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة
 عندنا وان اختلفت مللهم كاليهود والنصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت لقوله
 عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة
 على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى والَّذِينَ كَفَرُوا بِعَصَائِرِهِمْ
 والمراد به الولاية دون الموالاته فانه معطوف على قوله تعالى مَا لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ
 فاعطف قرينة تراعى به تناسب المعاني وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

تعالى إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أو صار كما المرتد ولا تقبل شهادته المرتد لجنسه وخلاف جنسه
ولما روي أن النبي عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض روى
جابر بن عبد الله وأبو موسى رضي الله عنهما ولأن الذمي من أهل الولاية على نفسه وإرادة
الصغار وكل من هو كذلك فله أهلية الشهادة على نفسه كالمسلمين فإن قيل المسلمون لهم أهلية
على جنسه وخلاف جنسه دون الذمي فبطل القياس والجواب أن القياس في الذمي كذلك
لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا واعترض
بأن الله تعالى قال مَنْ تَرَضَوْْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ والكافر ليس بدمري والجواب أنه ليس
بدمري بالنسبة إلى الشهادة علينا أو مطلقا والأول مسلم وليست بدقبولة والثاني ممنوع
أذ ليس ما يمنع رضانا عن شهادة بعضهم على بعض **قوله** والنسق من حيث الاعتقاد
غير مانع جواب عن قوله لأنه فاسق * وتقريبه النسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين
أو من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والأول مسلم لكن نسق الكفر ليس من بابه فإن الكافر
يجتنب محرم دينه واعترض بأن الاجتناب عن محظورات الدين يعتبر دليلا على الاجتناب
عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الآيات مع علمهم
بحقيقتها قال الله تعالى وَجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا واجيب بأن المراد بهم
الأخبار على عهد رسول الله عليه السلام المتواطئون على كتمان نعتهم ونبيهم والشهادة عليهم
عندنا ومن بعدهم على أن الحق ما هم عليه فالكذابين منهم تدين وتطبقون على كون الكذب
على أحد محظورا إذ هو محظور الأديان كلها **قوله** بخلاف المرتد جواب عن قوله
وصار كما المرتد فإنه لا ولاية له لا على نفسه ولا على أولاده وهي ركن الدليل **قوله**
بخلاف شهادة الذمي على المسلم جواب عن قوله ولهذا لم تقبل شهادته على المسلم وعمما
يقال لو استلزم الولاية أهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما
ذكرتم ووجهه أن ولايته بالإضافة إلى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم

(كتاب الشهادات — *باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل*)

عليه السلام واقبل شهادة من يتبرأ منهم وفرقوا بان اظهاره سنه لا ياتي به الا الاسقاط
 السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتد ديناً وان كان على باطل
 فلم يظهر فسقه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطا بية منهم والهوى ميلان النفس
 الى ما تستلذه من الشهوات وانما سموا به لما بعثهم النفس ومخالفتهم السنه كالخوارج
 والروافض فان اصول الاهواء الجبر والتدبر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم
 كلوا حد منهم يفترق اثنا عشرة فرقه وقال الشافعي رح لا تقبل شهادة تهم لانه غلط وجوه
 الفسق اذ الفسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي * ولنا انه فسق من حيث
 الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون ديناً
 فصارك حنفي شرب الميثاق او شافعي اكل ميثوك التسمية عامداً معتقداً ابا حنيفة فانه
 لا يصير به مردود الشهادة والخطا بية قبل هم غلاة من الروافض ينسبون الى
 ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنايس لانه كان يزعم ان علياً
 رضي الله عنه الآله الاكبر وجعفر الصادق الآله الاصغر وقيل قوم منهم يعتقدون ان من ادعى
 منهم شيئاً على غيره يجب ان تشهد له بقيمة شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم * فرد
 شهادتهم * لانهم كفرون ان كانوا كما قيل اولاً لا يمكن التهمة في شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانياً ولنا
قوله وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة
 عندنا وان اختلفت مللهم كاليهود والنصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت لقوله
 عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة
 على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعَصَمِهِمْ اُولِيَاءُ بَعْضُ
وَالْمُرَادُ بِهِ التَّوَلَايَةُ دُونَ التَّوَلَاةِ فَانَّهُ مُعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ تَعَالَى مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ
فَالْعُطْفُ قَرِينَةُ تَرَاعِي بِهِ تَنَاسُبُ الْمَعَانِي وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق
 قال الله تعالى وَالْكَافِرُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ والظالم فاسق فيجب التوقف في خبره لقوله تعالى

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وصار كما مر تد ولا تقبل شهادة المرتد بخلاف جنسه ولنا ما روي ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواد جابر بن عبد الله وابو موسى رضي الله عنهما ولان الذمي من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار وكل من هو كذلك فله اهلية الشهادة على نفسه كالمسلمين فان قيل المسلمون لهم اهلية على جنسه وخلاف جنسه دون الذمي فيطال القياس والجواب ان القياس في الذمي كذلك لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى وان يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واعترض بان الله تعالى قال من ترخص من الشهاد والكافر ليس بمريض والجواب انه ليس بمريض بالنسبة الى الشهادة علينا او مطلقا والاول مسلم وليست بهقبولة والثاني ممنوع اذ ليس ما يمنع رضانا عن شهادة بعضهم على بعض **قوله** والنسق من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قوله لانه فاسق * وتقريره النسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين او من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن نسق الكفر ليس من باب انه فان الكافر يجنب محرم دينه واعترض بان الاجتناب عن محظورات الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الآيات مع علمهم بحقيقتها قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا واجيب بان المراد بهم الاحبار على عهد رسول الله عليه السلام المتواطئون على كتمان نعتهم ونبوتهم لانهم كانوا عندنا ومن بعدهم على ان الحق ما علم عليه الكذب منهم قديين ومطبقون على كون الكذب على احد محظورا اذ هو محظور الاديان كلها **قوله** بخلاف المرتد جواب عن قوله وصار كما مر تد فانه لا ولاية له لا على نفسه ولا على اولاده وهي ركن الدليل **قوله** بخلاف شهادة الذمي على المسلم جواب عن قوله وهذا لم تقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزم الولاية اهلية الشهادة لتقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه ان ولايته بالاضافة الى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

وقدمر لنا جواب آخر عن هذا السؤال ولأنه يقول عليه جواب آخر وتقديره سلمنا ان علة قبول
شهادته وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو غيبته بقهر المسلم اياه فانه يحمله على القول عليه
بـخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت فلا تهم لبعضهم على بعض في دار الاسلام فلا يحملهم
الغبط على القول **قوله** ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي لا تقبل شهادة الحربي على الذمي
قال المصنف راجع اراد بالحربي المستأمن وانما قال ذلك لان شهادة الحربي الذي لم يستأمن
على الذمي غير متصورة لانها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصنف في دار الاسلام
لا يقال يجوز ان يدخل حربي دار الاسلام بلا استئمان فيحضر مجلس القضاء لانه ما خوذ
فيها فيصير عبدا ولا شهادة للمعبد لا حد ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستأمن على الذمي لانه
للاولاية له على الذمي لكونه من اهل دارنا والمستأمن من اهل دار الحرب واختلاف الدارين
حكما يقطع الولاية وقد ذكرنا في شرح رسالتنا في الفرائض وعلى هذا قوله وهو على حاله
اي اقرب الى الاسلام من المستأمن ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن استظهار
على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لانه من اهل دارنا ويجوز ان يكون جزء العلة انقطاع الولاية
فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لكونه اعلى حالا اقرب الى الاسلام
فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستأمن وفيه نظر لان اختلاف
الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين مختلفتين
ودخل دارنا مستأمنين فضم ذلك اليه للعلة في بعض الصور دون بعض تحكم والاول
هو الظاهر فان قلت اما يجوز ان تكون علة لقبول شهادة الذمي على المستأمن لاجزاء
لعلة انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كبرائه لا يساعد فتأمل * وسند ذكر الجواب
عن قبول شهادة الذمي على المستأمن مع اختلاف الدارين حكما اعلى وجه لا يلزم ذلك
قوله وتقبل شهادة المستأمن بعضهم على بعض المستأمن في دارنا لا يخلوا ما لان يكون
من دار واحدة او لافان كان الاول قبلت شهادة بعضهم على بعضهم وان كان الثاني كالتركي

كالتركي والرومي لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث **قوله** بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستأن من لوجوده لكنها قبلت ووجهه ان يقال الذمي من اهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كعكسه لكن تركناه بالنص وهو قوله تعالى وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ولا نص في المستأن من فتقبل شهادة الذمي ولا كذلك المستأن من لانه ليس من دارنا * وفيه اشارة الى ان اهل الذمة اذا كانوا من دارين مختلفتين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف المستأن من **قوله** وان كانت الحسنات اكثر من السيئات واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات وذلك بعد ان يكون ممن لا يترك الفرائض ويجتنب الكبائر والاصرار على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب احواله في تعاطي الصغائر فان كان اتيانه بدهو ما دون في الشرع اغلب من المامه بالصغائر جازت شهادته ولا ينقدح عدالته بالمأم الصغائر لئلا يفضي الى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لاحباؤها وتقبل شهادة الافاف وهو مؤمن لم يختن لان الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى حجة دلائل مسلما وابو حنيفة رح لم يقدر له وقتا معينا اذا المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون بعضهم قد روه من سبع سنين الى عشر وبعضهم اليوم السابع من ولادته او بعده لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما اختا اليوم السابع لكنه شاذ وتقبل شهادة الخصمي وهو منزوع الخصبة لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصمي ولا نها قطعت ظلما فصار كمن قطعت يده وتقبل شهادة ولد الزنا لان فسق الابوين لا يربو على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما اولى وقال مالك رح لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثلته والكاف زائدة كما في قوله تعالى لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ فيتهم قلنا الكلام في العدل وحب ذلك بقلبه ليس بفادح لانه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

به سلمنا لكن لانسلم ان العدل يختار ذلك او يستحبه وتقبل شهادة الخشي لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال الله تعالى وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته في الحدود والنقصا كالنساء لاحتمال ان تكون امرأة **قوله** وشهادة العمال جائزة قال فخر الاسلام وعامة المشائخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعني ابا حنيفة رح يجوز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم لان نفس العمل ليس بفسق فان اجلاء الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا اعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم **قوله** وقيل العامل اذا كان وجهه في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لعله يريد به اذا كان عون له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثله بما مر عن ابي يوسف رح في الفاسق لانه لو جاهدته لا يقدم على الكذب حفظ للمروءة ولمها بته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة وقيل اراد بالعمال الذين يعملون بايديهم ويواجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون ايراد هذه المسئلة رد القول لهم لان كسبهم اطيب الاكساب قال النبي عليه السلام افضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فاني يوجب جرحا **قوله** واذا شهد الرجلان ان اباهما وصي الى فلان اذا شهد رجلان ان اباهما وصي الى فلان او شهد الموصي لهما بذلك او شهد غريمان لهما على الميت دين او شهد غريمان للميت عليهما دين او شهد وصيان انه وصي الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخلو اما ان يكون الموت معروفا والوصي راضيا ولم يكن * فان كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنده * وان كان الاول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانها شهادة منهم بعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء حقوقه

حقوقه او فراغ ذمته ولاشهادة لمنهم وجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكّنه من نصب الوصي اذا رضي الوصي والموت معروف حفظ الاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتامل في صلاحية من ينصبه واهليته وهؤلاء بشهادتهم اكفوة مؤنّدة النعنين لم يثبتوا بها شيئا فصا ركالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنّدة تعيين القاضي فان قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له اجاب بان الوصيين اذا اعترفوا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف بعدم استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا انكروا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي انذاك فكانت هي الموجبة الا في الغريمين له عليهما دين فانه تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على انفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما وان شهد ان اباهما الغائب وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك **قوله** ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح الجرح اما ان يكون مجردا او غيره لانه لا يخلوا ما ان يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم او لا والثاني هو المفرد لتجرده عما يدخله تحت الحكم والاول هو الثاني ولمكان تسميه مركبا فان شهد شهود المدعي على الغريم بشيء واقام الغريم بينة على الجرح المفرد مثل ان قالوا هم فسقة او زناة او اكلوا ربا فالقاضي لا يسمعها واستدل المصنف رح بوجهين حد هما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة ودفْع الالتزام وسما عها انما هو للحكم والالزام وثانيتها قبل وعليه الاعتماد ان في الجرح المفرد هنك السترو هو اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهنك واجب السترو تعاطي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلوا

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

معدلين في العلانية فيسمع منه الجرح المفرد واجيب بان من شرط ذلك في زماننا ان يقولوا
 لا اعلم من حاله او يعلم القاضي بذلك سرا اذا سأل القاضي تفاديا عن التعاصي واحترازا
 عن اظهار الفاحشة وليس في مانحن فيه ذلك * وانما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم
 السماع يفيد له جواز ان يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه ايضا **قوله** الا انه استثناء
 من قوله لان النسق وهو منقطع اي لكن اذا شهد شهود المدعى عليه على المدعى انه
 اقران شهودي فسقة فانها تقبل لان الاقرار ما يدخل تحت الحكم ولم يظهره الفاحشة
 وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعى والحاكي لاظهارها ليس كمظهرها وكذا اذا شهدوا
 بان المدعى استاجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد فضم الاستيجار اليه ليس بمخرج
 له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه
 اجنبيا عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة على ان المدعى استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا
 الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده قبلت لانه خصم في ذلك فكان
 جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني
 صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الزور
 وقد شهدوا وطالبهم بذلك المال لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح
 مجرد غير مسموع **قوله** ولهذا قيل اي ولما قلنا انه لو اقام البينة على جرح فيه حق من حقوق
 العباد او من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح
 المجرد قلنا كذا وهو بعيد فكان المناسب ان يقول ولذلك وهذا اسهل والمعنى اذا اقام المدعى عليه
 البينة ان الشاهد عبد او محدود في القذف او شارب خمر او سارق او قاذف
 او شريك المدعى قبلت لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة
 اما قوله انه عبد فلما انه ثبت الرق وهو ضعف حكمي اثره في سلب الولاية وهو حق الله
 وموضعه اصول الفقه * واما قوله انه محدود في قذف فلانه تعلق به حكم وهو كمال الحد برد

الحد برد شهادته وهو حق الله تعالى وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة فان قيل في هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما في ما تقدمت فكيف سمعت فالجواب ان اظهار الفاحشة اذا ادعت اليه ضرورة جاز لقوله عليه السلام اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا يقال وقد تحققت في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه لانها يندفع بان يقال للقاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم * وعلى هذا في اقامة البينة على ذلك اعتباران * احدهما ان يكون لجرح الشهادة وهو غير مقبول * والثاني لاقامة الحد وهو مقبول ومن علاماته عدم التقادم واما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعى اباؤه **قوله** ومن شهد ولم يبرح ومن شهد ثم قال او همت بعض شهادتي قال فخر الاسلام اي اخطأت بشيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطله يعني تركت ما يجب علي او اثبت بما لا يجوز لي * فاما ان يقول ذلك وهو في مجلس القاضي او بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التدبيرين اما ان يكون عدلا او غيره والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغيير من احد الخصمين اولا * فان كان غير عدل ترد شهادته مطلقا اي سواء قاله في المجلس او بعده في موضع شبهة او غيره * وان كان عدلا ثبتت شهادته في غير موضع شبهة مثل ان يدع لفظه الشهادة او ما يجري مجراه مثل ان يترك ذكر اسم المدعى او المدعى عليه او الاشارة اليه احدهما سواء كان في مجلس القضاء او في غيره وتدارك لفظه الشهادة انما يتصور قبل القضاء او من شرط القضاء ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشرط لا يتحقق بدون الشرط * واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف درهم ثم قال غلطت بل هي خسمائة او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد اولا عند بعض المشائخ لان المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله او همت وبما نفى اوزاد عند آخرين لان الحادوث بعد الشهادة من العدل في المجلس

(كتاب الشهادات — *باب الاختلاف في الشهادة*)

كالمقرون باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي وهذا التدارك يمكن ان يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعد ما قبل المصنف ووجهه ان الشاهد قد يمتلي بمثله لها بة مجلس القضاء فكان العذر واضحاً فيقبل اذا تدارك في آوانه وهو قبل البراج من المجلس وهو عدل فاما اذا قال بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل لانه يؤهم الزيادة من المدعي باطماعه الشاهد بخطام الدنيا والتقصان من المدعي عليه بمثل ذلك فوجب الاحتياط **قوله** ولان المجلس اذا اتحد دليل آخر على ذلك وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الائمة السرخسي روح فانه الحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والتقصان كما ذكرناه وعلى هذا اي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم اذا وقع الغلط في بعض الحدود وقد ذكر الشرقي في مكان الغربي او بالعكس او في بعض النسب كان ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلاً فان تدارك قبل البراج عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس ايضاً في جميع ذلك لان فرض عدالة يعني توهم التلبس والتعريض والظاهر ما ذكرناه اولاً من تقييد ما فيه شبهة التعريض بالمجلس

باب الاختلاف في الشهادة

تاخير الاختلاف في الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلاً والاختلاف انما هو بعراض الجهل والكذب فاخوة وضعاً للتناسب **قوله** الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت فان خالفتهما لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وموافقتها الشهادة وهو ان تتحد انواعاً وكما وكيفاً وزماناً ومكاناً وفعللاً وانفعالاً ووضعاً وملكاً ونسبة * فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم * او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين * او ادعى سرفقة ثوب احمر وشهد بابيض * او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر

الغطر بالبصرة * او ادعى شق زقه وتلاف ما فيه به وشهد بان شقاقه عنده * او ادعى عقارا
 بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه * او ادعى ان له ملكا وشهد انه
 ملك ولده * او ادعى انه عبده ولدته الجارية الغلانية وشهد بولادة غيره اهل تمكن الشهادة
 موافقة للدعوى * واما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط الا برى ان المدعى يقول ادعى
 على غيبه يمي هذا الشاهد يقول اشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله لان تقدم
 الدعوى في حرق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت في ما يوافقها وانعدمت في ما
 يخالفها اما ان تقدم فيها شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها
 ولا يعني بالخصومة الا الدعوى واما وجودها عند الموافقة فليعدم ما يهددها عن المكاذيب
 واما عدمها عند المخالفة فلم يوجد ذلك لان الشهادة لتصدق الدعوى فاذا خالفها فقد
 كذبت فصار وجودها وعدمها سواء وفيبحث من وجهين * احدهما انه قال تقدم الدعوى
 شرط قبول الشهادة وقد وجدت في ما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم
 وجود المشروط * والثاني انه عند المخالفة تعارض كلام المدعى والشاهد فاما مرجع اصدق الشاهد
 حتى اعتبر دون كلام المدعى والجواب عن الاول ان علة قبول الشهادة التزام الحاكم
 سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القول
 بوجود العلة وانتفاء المانع لان وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثاني بان الاجمال في الشهود
 العدا لا سيما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط عد المدعى لصحة دعواه
 فرجحنا جانب الشهود عملا بلا اصل **قوله** ويعتبر اتفاق الشاهد في اللفظ والمعنى
 عند ابي حنيفة راجح الموافقة بين شهادة الشاهد في شرط قبولها كما كانت شرط بين الدعوى
 والشهادة ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى خاصة
 فاما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع
 بلا خلاف ولهذا اذا شهد احدهما بالهبة والاخر بالعطية فهي مقبولة * واما الاختلاف بحيث يدل بعضه

على مدلول البعض الآخر بالتضمن فقد نفاها أبو حنيفة ر ح وجوزاه فان شهدا أحدهما بالف
والآخر بالغبين لم تقبل عنده ولا تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الغيبين
وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والثلثة والثلثان والثلثة لهما اتفاقا
على الألف أو الثلثة وتفردا أحدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه
دون ما تفرده أحدهما كما إذا ادعى ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بالف والآخر بالف
 وخمسمائة على ماسيحي ولا يبي حنيفة ر ح انهما اختلفا لنظر الان أحدهما مفرد والآخر ثنية
 واختلاف الالفاظ افراد أو ثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة
 وأن ثبت بالثنية فان الألف لا يعبر به عن الغيبين لا حقيقة ولا مجازا والغيبين لا يعبر به
 عن الألف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مبائنا لكلام الآخر وحصل على كل واحد منهما
 شاهد واحد فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافا فلهذا كانا مختلفين في جنس المال
 بان شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة قبل ذكر في المبسوط إذا ادعى الغيبين
 وشهد بالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها
 بين الشاهدين فما جواب أبي حنيفة ر ح من ذلك واجب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس
 حسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهدا بالاقرار به قبلت ولو شهد
 أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لم تقبل ولتأمل ان يقول قد تقدم في تلقين
 الشاهد إذا كان في موضع التهمة بان ادعى ألفا وخمسمائة وانكر المدعي عليه خمسمائة
 وشهد شاهدان بالف فالقاضي يقول يحتمل انه أبرأ عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما
 بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فلهذا لا يجوز بالاتفاق * وبين هذه المسئلة
 وما نقلت من المبسوط ما ترى من التناقض فالحق في الجواب لا يبي حنيفة ر ح ان يحمل
 ما نقل من المبسوط على ما إذا وفق الشهادة يدعي الأبراء والابفاء ولا يلزم ابا حنيفة ر ح
 ما إذا قال لها زوجها طلقني نفسك ثلثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقع واحدة

واحدة ولا ما اذا قال لها انت طالق الغافانه يقع ثلث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن وليس
 في مانحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شيء **قوله** واذا شهد احدهما
 بالف والاخر بالف وخمسائة ولما تقدم ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول
 اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة
 على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف وخمسائة جملتان عطف
 احد لهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه * ونظيرة اذا شهد احدهما بطلقة
 والاخر بطلقة ونصف او بمائة وبمائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة والاخر
 بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصا رامتباثنين كالالف والالفين * هذا اذا كان
 المدعي يدعي الاكثر واما اذا ادعى الاقل وقال لم يكن الا الالف فشهادة من شهد
 بالاكثر باطله لتكذيبه المدعي في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء
 فان قيل لم يكذب الالف البعض فما بال القاضي لا يقضي عليه بالباقي كما قضى بالباقي
 في الاقرار اذا كذب المقر له المتوفي بعض ما اقربده اجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق
 له ولا شهادة للفا سبق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط تنقيته لا يبطل الاقرار
قوله وكذا اذا سكت يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسئلة
 بحالها لا يقضي له بشيء لان التكذيب ثابت ظاهرا فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق
 لان التصريح بذكر التوفيق في ما يحتمله لا بد منه في الاصح وعلى هذا لو قال كان اصل
 حقي الفا وخمسائة ولكن استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق *
 وعلم مما ذكرنا ان احوال من يدعي اقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلثة اوجه *
 اما ان يكذب الشاهد بالزيادة او سكت عن التصديق والتوفيق او يوفق وجواب الاولين
 بطلان الشهادة والتضاء دون الآخر **قوله** واذا شهد بالف وقال احدهما قضاها منها
 خمسمائة اذا ادعى الفا وشهد بالف وقال احدهما قضاها منها خمسمائة قبلت شهادتهما

(كتاب الشهادات — * باب الاختلاف في الشهادة *)

بالالف لا تغا فهما عليه ولا يسمع قوله انه قضاء لانه شهادة فردا لان يشهد معه آخر فان قيل
 شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاة خمسمائة لا يكون للمدعي على المدعي عليه
 الف بل خمسمائة لا غير واجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض
 العين مكان الدين الذي هو غيره فكان قوله قضاء منها خمسمائة شهادة على المدعي
 بقبض ما هو غير ما شهد به أولاً وهو الدين فلم يعد متناقضا وعن ابي يوسف ر ح اندي قضى
 بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادة انه ان لا دين الا خمسمائة لان القبض بطريق
 التملك لما اوجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم يكن
 الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بخمسمائة وفي ذلك بقضى
 بالاقبل كما قلنا في الف والالفين الا ان محمدا ر ح خالفه ههنا لان ذلك في ما يكون الشهادة
 بالاقبل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك * وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الف
 وتفردا احدهما بالقضاء والقضاء يتلوا وجوب لا محالة وعرض بان المدعي كذب
 من شهد بقضائه خمسمائة وتكذيبه تفسيق له فكيف يقضى بشهادته وجوابه سبأ تي
قوله وينبغي للشاهد يعني ان الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغي ان لا يشهد
 بالف حتى يقرأ المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم لعلمه بدعواه بغير حق
 وفي الجامع الصغير رجلا ن شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهدا احدهما انه قد قضاها
 فالشهادة جائزة على القرض لا تغا فهما عليه وتفردا احدهما بالقضاء والفرق بين مسألة
 الجامع وبين ما ذكرت قبلها ان في مسألة الجامع شهد احد الشاهدين بقضاء الدين كله
 وفي ما قبلها شهد ببعضه وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل وهو قول زفر ر ح لان المدعي
 اكذب شاهد القضاء وهو تفسيق له فلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض
 لانه كذبه في ما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لا محالة ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه لشخص
 آخر قبل ان يشهدا له فاكذبهم * وحاصله ان اكذاب المدعي بشهوده تفسيق له لكونه اختار باوما

واما اكداب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه ضرورة الدفع عن نفسه **قوله** واذا شهد شاهدان انه قتل زيد ايوم النحر بمكة قد ذكرنا ان اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان انه قتل زيد ايوم النحر بمكة وآخرا ان بقتله يوم النحر بالكوفة قبل ان يقضى القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احدهما كاذبة يبين اذا العرض الواحد اعنى القتل لا يمكن ان يكون في مكانين وليست احدهما باولى من الاخرى فان سبقت احدهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقص بما ليست بمثلها **قوله** واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد او لا كالسواد والبياض عند ابيضقة رح وهو الاصح وقيل ان كانا متشابهين قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقال لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسئلة بحالها فانها لم تقبل بالاتفاق بل هذا اولى لان امر الحداهم لكونه مما يندرى بالشبهات وفيه اتلاف نصف الادمي فصار كالذكورة والانوثة في المغايرة * ولا يبي حنيفة رح ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد لكون السرقة فيها غالبا واللونان يتشابهان كاحمرة والصغرة او يجتمعان بان يكون بلقاء احد جانبيها اسود بيصره احدهما والاخر ابيض يشاهده الآخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلفا شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين * احدهما ان طلب التوفيق ههنا احتيال لاثبات الحد وهو القطع والحد احتمال لدرة لاثباته * والثاني ان التوفيق وان كان ممكنا ليس بمعتبر ما لم يصرح به في ما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه في ما يدربها والجواب عن الاول ان ذلك انما كان احتيالا لاثباته لو كان في اختلاف ما كلفنا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا

(كتاب الشهادات — * باب الاختلاف في الشهادة *)

فيقطع به اولا واما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون نياب السارق وامثالها فاعتبار التوفيق فيه ليس احتياالا لاثبات الحد لا مكان ثبوته بدونه الا يرى انهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين ان ليس من صلب الشهادة واما يكلفا نقله الى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلاف في صلب الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس لان القياس اعتبارا مكان التوفيق او يقال التصريح بالتوفيق يعتبر في ما كان في صلب الشهادة واما مكانه في ما لم يكن فيه هذا والله اعلم بالصواب **قوله** بخلاف الغصب جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل فيد النهار ان الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله والذكورة والانوثة جواب عما استشهد ا به من الاختلاف بهما بانهما لا يجتمعان في واحد وكذا التوفيق على ذلك بالقرب منه فلا يشبهه لاحتاج الى التوفيق **قوله** ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف رجل ادعى على آخرانه باعه هذا العبد بالف او بالف وخمسائة وانكر البائع ذلك فشهد شاهد بالف وآخر بالف وخمسائة فالشهادة باطله لان المشهود به مختلف اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غير بالف وخمسائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لانسام ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه اجيب بان دعوى السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود ليرتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان مقصود ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصود السبب فان قيل التوفيق ممكن لجواز ان يكون الثمن اولا الفا فزاد في الثمن وعرف به احد هما دون الآخر اجيب بان السيد الشهيد ابا القاسم ذهب الى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهد اجنسين كالف درهم ومائة دينار ووجه ما في الكتاب ان الشراء بالف وخمسائة انما يكون اذا كان الالف وخمسائة ملصقين بالشراء واما اذا اشترى بالف ثم زاد خمسمائة فلا يقال

فلا يقال اشترى بالف وخمس مائة ولهذا يأخذ الشفيع باصل الثمن **قوله** ولان المدعي يكذب احد شاهديه دليل آخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي هو البائع سواء ادعى البيع بالف او بالف وخمس مائة لا فرق بينهما لما بينا ان المقصود هو السبب وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان يدعيها العبد فلا خفاء في كون العقد مقصودا واما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات العتق وفيه نظر لفظا ومعنى * اما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الاداء وذلك مشعر بان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البذل والسبب هو الكتابة * واما الثاني فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكرنا الشهادة لا تقبل لتمكنه من النسخ والجواب عن الاول ان تقديره ان بدل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة او يقال معناه ان مقصود المولى العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يستحق بدون الكتابة فكانت هي المقصودة وعن الثاني بان قوله الشهادة لا تقبل لتمكنه من النسخ ليس بصحيح لجواز ان لا يختار النسخ ويخاصم لادنى البدلين وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح من دم العبد اما ان المدعي اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد مقصودا والحاجة ماسة الى اثبات العتق ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كان الدعوى من جانب الزوج بان قال خالعتك على الف وخمس مائة والمرأة تدعى الاف او قال مولى العبد اعتقتك على الف وخمس مائة والعبد يدعى الاف او قال ولي القصاص صالحتك بالف وخمس مائة والقاتل يدعى الاف فهو بمنزلة دعوى الدين في ما ذكرنا من الوجوه المذكورة من انه تقبل على الاف اذا ادعى الف وخمس مائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لا تقبل عنده خلافا لهما وان ادعى اقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والنكذيب والسكوت عنهما لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن اذا كان المدعي هو الرهن لا تقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد

(كتاب الشهادات — * باب الاختلاف في الشهادة *)

الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كان لم تكن وان كان هو المرتهن فكان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين اجماعا قبل عقد الرهن بالف غيره بالف وخمسائة فيجب ان لا تقبل البينة وان كان المدعي هو المرتهن لانه كذب احد شاهديه واجيب بان الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الردمى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار دعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدین فتقبل البينة كما في سائر الديون وبشبه الرهن بالالف ضمنا وتبعالدين وفي الاجارة لا يخلو اما ان يكون الدعوى في اول المدة او بعده مضى فان كان الاول لم تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البذل * وان كان الثاني فاما ان يكون المدعي هو الاجر او المستأجر فان كان الاجر فهو بمنزلة دعوى الدين يقضى باقل المالين اذا ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المزاوعة في وجوب الاجر فصار كمن ادعى على آخر الف وخمسائة وشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسائة جازت على الف وان شهد احدهما بالالف والاخر بالالفين لم تقبل عند ابي حنيفة رح كما تقدم خلافا لهما وان كان المستأجر قال في النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان اقر بالاكثر لم يبق نزاع وان اقر بالاقل فلا اجر لا يأخذ منه بينت دعوى ذلك * وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعتراضه **قوله** فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد احدهما بالف والاخر بالالف وخمسائة قبلت بالف عند ابي حنيفة رح وهو استحسان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابو يوسف رح مع قول ابي حنيفة رح لهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبيين هو العقد والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولا يبي حنيفة رح ان المال

المال في النكاح تابع ولهذا يصح بالتسمية مهر وبملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعالم والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتاً **قوله** والاصل فيه الحل والازدواج دليل آخر وتقريره الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتدال بالتسلط عليه مجازاً كما عرف في موضعه ولا اختلاف للشاهد بن فيها فيثبت الاصل لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقتضي بالاقول لاتفاقهما عليه واغترض عليه بان فيه تكذيب احداً للشاهدين واجيب بانه في ما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الاصل وفيه نظر فان مراد المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه ان يبطل المال المذكور في الدعوى ويلزم مهر الملل والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالشك في غير مسموع قال المصنف رح ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما بكلمة او بالصواب كلمة الواو بدلالة يستوي وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعضهم انه لما كان كالدين وجب ان يكون الدعوى باكثر المالين كما في الدين واليه ذهب شمس الائمة ووجهه ما في الكتاب ان المظور اليد العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يرعى فيه ما هو شرط في المقصود اعنى الدين وقال ثم قيل الاختلاف في ما اذا كانت المرأة هي المدعية واما اذا كان المدعي هو الزوج فاجماع على انها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول وقيل الخلاف في الفصلين يعني ما اذا كانت المرأة تدعي وما اذا كان الزوج يدعي وهذا اصح لان الكلام ليس في ان الزوج يدعي العقد والمال والمرأة تدعي ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة

(كتاب الشهادات — * فصل في الشهادة على الارث *)

على مقدار المهر هل يوجب خللا في نفس العقد اولا قال ابو حنيفة رح لا يوجب ذلك
وقالا يوجبونه وقد ذكر المصنف رح دليلهما واليه اشار بقوله والوجه ما ذكرناه

* فصل في الشهادة على الارث *

ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالايجاب بحسب مقتضى الواقع
واعلم ان العلماء اختلفوا في ان الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجبر والنقل وهو
ان يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعى وارث الميت مات وتركها ميراثا له اولا قال
ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا بد منه خلافا لابن يوسف رح هو يقول ان ملك المورث ملك
الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يريد بالغييب ويرد عليه به واذ كان كذلك صارت الشهادة
بالملك للمورث شهادة به للوارث وهذا يقولان ان ملك الوارث يتجدد في حق العين
ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية المورثة ويحل للمورث الغني ما كان صدقة
على المورث الفقير والمتجدد محتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا الا انه
يكفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ح ضرورة وكذا
على قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا ظاهر من حال المسلم
في ذلك الوقت ان يسوي اسما به ويبين ما كان بيده من الودائع والغصوب فاذا لم يبين
انها ودية فالظاهر من حاله ان ما في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال
قد يكون اليد امانة ولا ضمان فيها لتقلب بواسطة يد ملك لان الامانة نصير مضمونة
بالتهويل بان يموت ولم يبين انها ودية فلان لانه ح ترك الحفظ وهو تعد يوجب
الضمان * واذا ثبت هذا فمن اقام بينة على دارانها كانت لايه اعارها او اودعها الذي
هي في يده فانه يأخذها ولا يكفى البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف رح
فلانه لا يوجب الجبر في الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجبر
وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعبر والمودع ومن اقامها انها كانت في يد فلان

فلان مات وهي في يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدي عند انما يتفحص اقامها على انها ملكه عند موته * وان اقامها انها كانت لابييه ولم يقولوا مات وتركها ميراثه لم تقبل عندهما لعدم الجبر وما قام مقامه ويقبل عند ابي يوسف رح شهدا تهم بملك المورث **قوله** وان قالوا الرجل حي مسئلة اتى بها استطراد اذ هي ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل نادى آخر انها له واقام بينة انها كانت في يده لم تقبل وعن ابي يوسف رح انها تقبل لان اليد متصورة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه قبلت فكذلك هذا انصار كمالا لو شهدوا بان المدعى عليه اخذها من المدعى فانها تقبل وترد الدار الى المدعى وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية تزول باسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت وكلما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول منعذر وقوله وهي متنوعة دليل آخر اى اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان وكلما كان كذلك فهو مجهول والقضاء باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذى اليد معين ويد المدعى مشهود به والشهادة خبر وليس المخبر به لاحتمال زواله بعد ما كانت كالمعائن المحسوس عدم زواله **قوله** وان اقر بذلك المدعى عليه يعنى اذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت في يد هذا المدعى دفعت اليه لان الجهالة في المقربة لا تمنع صحة الاقرار وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه ذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقربة وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان

* باب الشهادة على الشهادة *

الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحققت التأخير في الذكر * وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزممت الاصل لاحقا للمشهود له

لعدم الاجبار والاناة لا تجري في العبادات البدنية الا انهم استحسنا جوازها في كل
حق لا يستط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض
فلو لم تجز لادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كُثرت اعنى الشهادة على
الشهادة وان بعدت الا ان فيها شبهة اى لكن فيها شبهة البدلية لان البديل ما لا
يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض بانه لو كان فيها معنى
البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازها بين البديل والمبدل ولكن لو شهد احد الشاهدين
وهو اصل واخران على شهادة شاهد آخر جاز واجيب بان البدلية انما هي في المشهود به
فان المشهود به بشهادة الفروع وهو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عينوه
مما يدعيه المدعي واذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول
فلم يمنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبت البدلية فيها لا تقبل في ما يسقط بالشبهات كشهادة
النساء مع الرجال وقوله او من حيث ان فيها زيادة احتمال معطوف على قوله من حيث البدلية
يعني ان فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب
لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز عنه
بجنس الشهود بان يزيدوا في عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر اقامة بعض
قام بها الباقون فلا تقبل في الحدود والقصاص **قوله** ويجوز شهادة شاهدين اى يجوز
ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وقال الشافعي رح لا يجوز الا ان يشهد
على شهادة كل منهما شاهدان غير الذين شهدا على شهادة الآخر فذلك اربع على كل
اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارتا لمراأتين لما فاما مقام رجل واحد
لم تتم حجة القضاء بشهادتهما ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الشهادة
رجلين فانه باطلا فله يفيد الاكتفاء باثنين من غير تعقيب بان يكون بازاء كل اصل فرعان ولان نقل
الشهادة معطوف على قوله ولنا قول علي رضي الله عنه معنى ومعناه ان نقل شهادة الاصل حق

حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الاول * بخلاف شهادة المرأتين فان نصاب الشهادة لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد * ولا تقبل شهادة رجل واحد على شهادة واحد خلافا لما لك روح قال الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في اصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد مقبولة * ولنا ما روينا عن علي رضي الله عنه وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الاخبار **قوله** وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لما فرغ من بيان وجه مشروعيته وكفية شهود الفروع شرع في بيان كيفية الاشهاد واداء الفروع فقال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنا ئب عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مروا لنا قال كالنا ئب عنه لما مروا عن الفرع ليس بنا ئب عن الاصل في شهادته بل في المشهود به ولا بد ان يشهد الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثل ما سمعته * ويجوز ان يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي والاول اوضح لقوله لينقله الى مجلس القضاء * وان لم ينقل الاصل عند التحميل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم ينقل له اشهد **قوله** ويقول شاهد الفرع هذا بيان كيفية اداء الفروع الشهادة يقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلان بن فلان اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته اعني الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة المذكورة تنفي بذلك كله وهو اوسط العبارات ولها اي لشهادة الفروع عند الاداء لنظا طول من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان فلانا على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته فامرني ان اشهد على شهادته وانا

(كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادة)

اشهد على شهادة بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات واقتصر منه
وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة
شيء وهو اختيار النقيب ابي الليث واستاذ ابي جعفر ر ح وهكذا ذكره محمد ر ح في السير الكبير
ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادة حتى يقول له اشهد
على شهادتي لانه لا بد من التحميل بالاتفاق اما عند محمد ر ح فلان القضاء عند يقع
بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني يتخير
المشهود عليه بين تضمين الاصول والفروع وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل
الا بامره واما عند هما فلان ان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو اشهد انسانا على نفسه ثم منعه
عن الاداء لم يصح منعه وجاز له ان يشهد على شهادته لكن لا بد له من نقل شهادة
الاصول الى مجلس الحاكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست بحجة بنفسها ما لم تنقل
ولا بد للنقل من التحميل ولئلا ان يقول كلام المصنف ر ح مضطرب لانه جعل المطلوب
في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد من النقل لتصير حجة وعطف عليه فيظهر
بالنصب وذلك يقتضي ان يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا
بالتحميل * وذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة
الا في مجلس القضاء فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد شهادة الاصل مزيف
لان الفرع لا يسمع الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه
فلا بد من طريق آخر وهو ان الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بالتحميل والتوكيل *
ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع بشهادته من وجه وهو ان الشهادة مستحق
على الاصل تجب عليه اقامتها واثم بكتمانها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان
عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز ان لم يكن بامره فباختبار
هذا لا يشترط الامر لصحتها غير ان فيها مضرة من حيث انها حجة في بطلان ولايته في تنفيذ

تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امره مضرّة في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر
 فصار كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال
 الولاية عليه * وهذا كلام حسن يسد الخلل واما عبارة المشائخ رحمهم الله فهي مشككة ليس فيها
 اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول الشهادات بوجه آخر مفيد **قوله**
 ولا تقبل شهادة الفروع قد تقدم ان مجوز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا يجوز
 ما لم يوجد فلا تقبل الا ان يموت الاصول او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا
 مرضا يمنعهم عن الحضور الى مجالس الحاكم لان الحاجة تحقق بهذه الاشياء لعجز
 الاصول عن اقامتها وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما
 حتى ادير عليها عدة احكام كتقصير الصلوة والخطب واستداد المسح الى ثلثة ايام وعدم
 وجوب الاضحية وحرمة خروج المرأة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف رح انه لو كان
 في مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح له الاشهاد نعا للمخرج
 واحياء كحقوق الناس قالوا الاول ابي التديمر ثلثة ايام احسن لان المعجز شرعا يتحقق
 به كما في سائر الاحكام التي عددناها فكان موافقا لحكم الشرع بكون احسن والثاني
 ارفق وبه اخذا بالديث وكثير من المشائخ وروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انها تقبل
 وان كانوا في المصر لانهم يتعلمون قولهم فكان كمثل اقرارهم فان عدل شهود الاعمال شهود
 الفرع جاز وحاصل ذلك ان الفرع عين اذا شهدا على شهادة اصلين فهو علم وجوه
 اربعة اما ان يعرفهما القاضي او لا يعرفهما او عرف الاصول دون الفروع او بالعكس
 فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما يسأل عنهما وان عرف الاصول
 دون الفروع يسأل عن الفروع وان عرف الفروع دون الاصول يسأل عن الاصول فان عدل
 الفروع الاصول ثبتت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التركة لكونهم
 على صفة الشهادة وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا انه من اهل

(كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادة *)

التزكية وقوله غاية الامر ردّ لقول من يقول من المشائخ لا يصحّ تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فاشار الي رده بقوله غاية الامر اي غاية ما يرد فيه من امر الشبهة ان يقال ينبغي ان لا يصحّ تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما يشهد به لكن العدل لا يهتم بمثله كما لا يهتم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما يشهد في ما شهد ليصير مقبول القول في ما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وان لم تكن له شهادة فيه في الواقع كيف يكون ذلك مانعا وان لم يكن له في الحقيقة نفع يغوت بترك التعديل لان قوله في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم وقالوا لا نخبرك جازت شهادتهم ولكن ينظر القاضي في حال الاصول بان يسأل من المزكي غير الفروع عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولا يبي يوسف رح ان الماخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا اتقوا فقد اقاموا بما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بانفسهم فشهدوا واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول او لا قبل ذاك وقولهم لا نخبرك سواء فكانه اشار اليه بقوله فاذا لم يعرفوها وقال شمس الاثمة الحلواني رح لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وان انكر شهود الاصل الشهادة وقالوا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت بالتبعا رخص بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع **قوله** واذا شهد رجلان على شهادة رجلين اذا شهد فرعان على شهادة اصلين على فلانة بنت فلان الغلانية بالغ درهم وقالوا اخبرنا الاصلان انهما يعرفانها فجاء المدعي بامرأة وقال الفرعان لا نعلم اهي هذه ام

أم لا فإنه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها هي لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة
 قد تحققت والمدعي يدعى الحق على الحاضرة ولعلها غير هاتين من تعريفها بتلك النسبة
 ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذك وحدها وشهدوا على المشتري بعدما انكر
 أن يكون المحدود بها في يده لا بد من شاهدين آخرين يشهدان على أن المحدود بها
 في يد المدعي عليه وكذا إذا قال المدعي عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود *
 وكذلك إذا كتب قاضي بلد إلى آخر شاهدين شهدا عندني أن فلان بن فلان الغلاني
 على فلان بن فلان كذا فأنقض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب إليه
 ودفع إليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين أن هذا الذي احضرته هو فلان المذكور
 في هذا الكتاب ليسكن الإشارة اليد في القضاء لأنه أي كتاب القاضي إلى القاضي في معنى الشهادة
 على الشهادة إلا أن القاضي لكمال ديانته وفور ولايته يتقدم بالنقل فلا يلزم ما قيل تمثيل
 كتاب القاضي إلى القاضي بشهادة الخروج غير مناسب إذ العدد من شأنهم دون الكتاب
 لأن ديانته وفور ولايته قام مقام العدد ولما قال الشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة
 وباب كتاب القاضي فلأنه التسمية لم يجوز حتى ينسبوها إلى فخذها وهي القبيلة الخاصة
 يعني التي لا خاصة دونها * قال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الست وألها الشعب ثم القبيلة
 ثم الفضيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ * وقال في غيره أن الفضيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح
 الشين تجمع القبائل والقبائل تجمع العائلات والعبارات بكسر العين تجمع البطون والبطن
 تجمع الأنجاء والفخذ بسكون الخاء تجمع الفضائل وهذا أي عدم الجواز لأن التعريف
 لا بد منه ولا يتحصل بالنسبة العامة والتسمية خاصة بالنسبة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يتحصون
 فكيف تكون بينهم نساء اتحدت أساميهم وأسامي آبائهم وتحصل بالنسبة إلى الفخذ
 لأنها خاصة ثم التعريف وإن كان يتم بذلك الجدة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
 خلا فلا يري يوسف رح على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأن الفخذ

(كتاب الشهادات — *باب الشهادة على الشهادة* فصل*)

اسم الجدا الأعلى فينزل منزلة الجدا الأدنى في النسبة وهو اب الاب

فصل

قال ابو حنيفة رح شاهد الزور اشتهر في السوق شاهد الزور وهو الذي اقر على نفسه انه شهد
بالزور او شهد بقتل رجل فجاء حبايعز وتشهيرة تعزيرة عند ابي حنيفة رح فقلوه ولا اعزرة
يعني لا اضربه وقالوا نجعه ضربا وخمسة وهو قول الشافعي ومالك رحمهما الله لهما ما روي
عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه بالخاء المعجمة من الاسخام
وهو سواد التقرا وبالحاء المهملة من الاسخم وهو الاسود لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على
مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثله وهو غير مشروع ولا بتبليغ التعزير
الى اربعين لان مقصودهما اثبات ما اتفاه ابو حنيفة رح من التعزير بالضرب فانه يدل
على ان اصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة و
قوله ولان هذه ابي شهادة الزور كبيرة ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فَاجْتَبُوا الرَّجْسَ
مِنَ الْاَوْتَانِ وَاجْتَبُوا قَوْلَ الزُّورِ وبالسنّة وهو ما روي ابو بكر عن ابيد رضي الله عنهما
ان النبي عليه السلام قال الا انبئكم باكبر الكبائر ثلثة اولى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعتق
الوالدين وكان مكنك فجلس فقال الا يقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى
قلت لا يسكت ويتعدى ضررها الى العباد باطلاف اموالهم وليس فيها حد مقدر فيعز
ولا يبي حنيفة رح ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك في زمان عمرو علي
والصحابّة متراخية رضي الله عنهم وما كان يخفى ما يعمل عليه لم يسمروا عنده فكان كل مروى عنهما
وحل محل الاجماع ولان المتصور هو الانزجار وهو يحصل بالشهيرة فيكتفى به والضرب
وان كان مبالغة في الزجر لكانه قد يقع مانعا من الرجوع فانه اذا تصور الضرب يخاف
فلا يرجع وفيه تدبير للحقوق فوجب التخفيف من هذا الوجه وذلك بترك الضرب
وحديث عمرو رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى اربعين وهو منهي عنه قال

(كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادتين * فصل)

قال عليه السلام من بلغ حدافي غير حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم هذا تأويل
شمس الأئمة وأوله شيخ الاسلام بان المراد بالتسخيم التخييل بالتفصيل فان التخييل
يسمى مسودا مجازا قال الله تعالى وإذا بشر أحدكم ^{بأولاد} بالأنثى ظل وجهه مسودا وتفسير
التشهير ما نقل عن شريح رضي الله عنه انه كان يبعثه إلى سوقه ان كان سوقيا إلى قومته ان لم يكن
سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا أي مجتمعين أو إلى موضع يكون أكثر جمعا للثوم ويقول
ان شريح يقرر لكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس
وذكر شمس الأئمة ان عندهما ايضا شهر والحبس والتعزير ومقدارة مفوض إلى ما يراه
القاضي ولم يذكر المصنف رح ان هذا الاختلاف فيمن كان ثائبا أو مصرا أو مجهول
الحال * وقد قيل ان رجوع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف وان رجوع
على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف * وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي
قلنا * ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك أولا فان كان فاستأقبل لان الحامل له على الزور
فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المشائخ ستة اشهر وعند آخرين سنة
قالوا والصحيح انه مفوض إلى رأي القاضي * وان كان مستورا لا تقبل اصلا وكذا ان كان
عدلا على رواية بشر من أبي يوسف رحمهما الله لان الحامل له على ذلك غير معلوم
فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء * وروى ابو جعفر عند تقبل قالوا عليه التمتوى
قوله وفي الجامع الصغير وذكر ان فائدة ذكر روايته هي معرفة شاهد الزور بانه الذي
اقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينه فليس بصحيح لانه نفى للشهادة والبيانات
شرعت للاثبات ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص فظهر حيا أو بموته فكان حيا ما اندرته
واما لانه لا محيص له ان يقول كذبت او ظننت ذلك او سمعت ذلك فشهدت وهما
بمعنى كذبت لا قرارة بالشهادة بغير علم فجعل كانه قال ذلك والله اعلم بالصواب *

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

كتاب الرجوع عن الشهادة

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتأخيرها عن فصل شهادة الزور ظاهر اذا الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زورا وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به او شهدنا بزور في ما شهدنا فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الغريم لان الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء ههنا لان القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالا تلاف ولا اتلاف ههنا لانهما ما اتلغا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه اما على المدعى عليه فظاهر واما على المدعي فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع ورجع عنها صار اكا تمين الشهادة ولا ضمان على من يكتمها * وان كان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني يناقض الاول والكلام المناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينتقض به حكم الحاكم كيلا يؤدي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز ان يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام الآخر في الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان كذلك ساواه واحتيج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لا قرارهم على انفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضي وان كان علة المتلف لكنه كالمجبأ من جهتهم فكان التسبب منهم تعديا فيضاف بالحكم اليهم كما في حنرا البير على فارة الطريق فان قبل كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلام الضمان اجاب بقوله والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وود بتقريرة من بعد واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم **قوله** ولا يصح الرجوع الا بحضور الحاكم الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضور جاكم سواء كان هو الاول او لانه فسخ للشهادة وهو

وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان فسخ الشهادة مختص بما يختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان الاستحقاق لا يرتفع مادامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر والقرار بالضمان مرتب على ارتناؤها ويثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء ولا بقاء ويجوز ان لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه اسهل منه لانا نقول مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط الصحة وصحة الفسخ ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجنائية فالسر بالسرو والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جنائية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تنقذه فاذ لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلوا دعي المشهود عليه رجوعهما واقام على ذلك بينة او عجز عنها واراد تحليف الشاهدين لم يقبل القاضي بينته عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين تترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال لقبلت بينته لان السبب صحيح والضمير المستكن في ضمنه يجوز ان يكون الشخصي ومعناه بحكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الآن ويجوز ان يكون للمدعي ومعناه طلب من القاضي تضمينه والالف واللام في قولنا لان السبب بدل من المتاعف اليد وهو قبول البينة اي لان سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم وقيل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست بمطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان فتأمل وان شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه هذه المسئلة قد علمت من قوله

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم الا انه ذكرها البيان خلاف الشافعي رح ولما يأتي بعدها من رجوع بعض اليهود دون بعض قال الشافعي رح لاضمان عليهما لانهما سبب الاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشرة وقلنا وجب عليهما الضمان لانهما سبب للاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذا لم يمكن اضافته الى المباشرة وهما كذلك لان المباشرة هي القاضي واطراف الضمان اليه معذرة لانه كالمجأ الى القضاء بشهادتهم لانه بالتأخير يفسق وليس بمجأ حقيقة لان المجأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان في الاجابة عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعدراستيفاء من المدعي ايضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر التسبب فان قيل ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك اصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وما جعلتم كما لمباشرة حتى يجب القصص وعند الشافعي رحمه الله يجب عليهما القصص جعل المسبب كما لمباشرة قلنا فعل المباشرة الاختباري قطع النسبة وصار شبهة كما سيجيء والشافعي رح جعله مباشرا بما روي عن علي رضي الله عنه في شهادتي السرقة اذا رجعا لو علمت انكما تعددتما لقطعت ايديكما والجواب انه كان على سبيل التمهيد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه ان اليدين لا تقطعان بيد واحدة وجاز ان يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجعت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني ان الضمان انما يجب على الشاهدين اذا قبض المدعي ما قضى له به دينا كان او عينا وهو اختيار شمس الاثمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لاتفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين وبيان ذلك انها اذا الزمادينا بشهادتهما فلو ضمنهما قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين

دين ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به
 عينا فالمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان ديناً
 فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمن الاتلاف مقيد بالمثل *
 واذا كان المشهود به عينا فالشاهد ان يشهدا زالة الا عن ملكه اذا اتصل القضاء بها *
 ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فيما زالة العين عن ملكهما باخذ الضمان
 لا تنقضي المماثلة * واذا كان ديناً فبازالة العين عن ملكهما قبل القبض تنقضي المماثلة كما ذكرنا
 والجواب ان الملك وان ثبت للمقتضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك
 باطل وان المال في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئاً ما لم يخرج المال
 من يده بقضاء القاضي **قوله** واذا رجع احدهما ضمن النصف المعتبر في باب الرجوع
 عن الشهادة بقاء من بقي لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو
 فضل في حق القضاء الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب
 الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء
 الى المثنى وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادة من يبقى
 نصف الحق * قيل لا نسلم ذلك فان الباقي فرد لا يصلح لاثبات شيء به ابتداء فكذلك بقاء
 واجيب بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز ان يصلح في البقاء للاثبات ما لا يصلح
 في الابتداء لذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح
 في البقاء بقدره واذا شهد ثلثة فرجع واحد فلا ضمان عليه لانه بقي من يقيم بشهادته
 كل الحق لان استحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة التامة واستحقاق الملتف يسقط
 الضمان في ما اذا ائلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على الملتف بالضمان ثم استحق
 الملتف عمرو واخذ الضمان من الملتف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على
 الملتف فلان يمنعه بطريق الاولى لان المنع اسهل من الرفع فان رجع آخر ضمن

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

الراجعان نصف الحق قبل يجب ان لا يجب الضمان على الراجع الاول اصلا لان الاعتبار بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فان رجع الثاني فهو الذي اتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه واجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق التبيين او الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما * اولان القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع عن ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمننت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمننتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقيات فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اصداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهم وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل ويتعين القيام بنصف الحجّة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع ولا يبي حنيفة رح ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال عليه السلام في نقصان عقلمن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا كانا كرجل واحد صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظروا نمايتهم لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب انه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء او مكررا فكان الاطلاق ككلمة كل وان رجعت النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما

لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق وان شهد رجلان وامرأة
 بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان المرأة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم
 فكان القضاء مضافا الي شهادة رجلين دونها فلا تضمن عند الرجوع شيئا **قوله**
 وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا
 فلا ضمان عليهما سواء كانتا لشهادة بمقدار مهر مثلها او باقل من ذلك لان
 المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمين
 يقتضى المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة **قوله** وانما يضمن
 ويتقوم جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لان الخارج
 هو عين الداخل في الملك فمن ضرورة التقوم في احدي الحالتين تقومها في الاخرى
 لكنهما متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك انها انما تضمن وتقوم بالتملك ابانة
 لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بموجود في حالة
 الازالة الا يرى انه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود والولي
 وموضعه اصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله تعالى وتأييده وكذلك
 ان شهدا على الزوج بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البضع
 متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته
 ثم رجعا لا يضمنان **قوله** وهذا لان منبى الضمان معناه ان الاتلاف بغير عوض مضمون
 بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة
 وان شهدا بكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمننا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض وهو واجب
 الضمان **قوله** وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا
 فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمن شيئا لما مر ان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان
 قيمته الفين ضمننا للبائع الفلان هما اتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلته الالف من قيمته بلا عوض

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

ولا فرق بين ان يكون البيع بائنا او فيه خيار للبائع بان شهدا باقل من القيمة كالصون
المذكورة وبان البائع بالخيار ثلثة ايام فقتضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع
ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والتمن لا تلا فهما الزائد بغير عوض لان البيع
بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بنفسه
البيع في المدة فحيث لم يفعل كان راضيا به والرضا يستقط الضمان لكن حكمه يضاف
الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري بزوائد والبائع
لما كان منكرا الاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذا العاقل يتحرز عن الانتساب
الى الكذب حسب طاقته فلم اوجب البيع في المدة لم يضمن شيئا لانه ازال ملكه باختياره
فلم يتحقق الاتلاف وان شهد ا على رجل بانه طلق امرأته قبل الدخول بهائم رجعا ضمانا نصف
المهر لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط بالارتداد وبمطاعة ابن الزوج وعلى المؤكّد
ما على الموجب لشبهه به الا يرى ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يجب
الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكدا ما كان على شرف السقوط بالتخلية
ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعتقد عليه وهو البضع الى المرأة كما
كان والفسخ بوجوب سقوط جميع المهر لانه جعل العقد كان لم يكن فكان وجوب
نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع*
وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد الزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل
الى ملكها من غير تصرف فيه اشبه الفسخ وان شهدا على رجل انه اعتق عبده فقتضى بذلك
ثم رجعا ضمانا قيمته لانهما اتلفا مال ليه العبد عليه من غير بدل وذلك يوجب الضمان والولاء
للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قبل ينبغي
ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق واجيب بانه مكذب في ذلك العتق شرعا
بقضاء القاضي بالحجة وقبل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه

بانه لا يصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان
 اتلاف وانه لا يختلف بذلك **قوله** واذا شهد بقصاص ثم رجعا اذا شهدا على رجل
 بالقصاص فاقص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقص منهما وقال الشافعي رح
 يقص منهما لوجود القتل منهما تسببا فاشبه المكره اي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره
 ان كان اسم الفاعل او فاشبه القاضي المكره لانه كالمجأ بشهادتهما حتى لو لم ير الوجوب
 كفران كان اسم مفعول وقيل اشبه الولي المكره وهوليس بشيء لانه ليس بمجأ الى القتل
 بل اولى اي التسبب ههنا اولى من الاكراه لان التسبب موجب من حيث الافضاء
 والافضاء ههنا اكثر لان المكره يمنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيفاء
 فكان هذا اكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره للتسبب فمن الشاهد اولى ولنا ان القتل
 مباشرة لم يوجد وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه احد وليس له تعلق بما نحن
 فيه الا ان يكون ايماء الى ان المباشرة للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره
 وهو تكلف بعيد وكذا تسببا لان السبب الى الشيء هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك
 لان الغفوة مندوب اليه قال الله تعالى وان تغفوا ^{لصالح} اقرب المتقوى بخلاف المكره فان الاكراه يفضي
 الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حرمته ظاهرا * ولقائل ان يقول ظهروا بآثار حرمته اما ان يكون شرعا
 او طبعيا فالاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالغفوة عن القصاص
 والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فانه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهرا
 ولهذا تنزل فقال ولان الفعل الاختياري يعني سلمنا ان نمته تسببا ولكن الفعل الاختياري
 يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح
 فيقطع نسبته الى الشهود * سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود لكن لا اقل ان يورث شبهة
 يندري بها القصاص فان قيل لو اورث شبهة لاندفع الدية ايضا لانه بدل القصاص
 اجاب بقوله بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما يستفاد بالشبهات سقوط

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

ما ثبت بها* وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يخلل هناك من المباشرة فعل اختياري يقطع النسبة عن المكروه لان اختياره فاسد واختيار المكروه صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم عدم فمجعل المكروه كالألة والفعل الموجود منه كالموجود من المكروه وموضعه اصول الفقه* وان رجع احدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقبة فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجع على الولي في قول ابي حنيفة ربح خلافا لهما* قالوا كانا عالمين للولي فيرجعان عليه* وقال ضمنا للاتلاف المشهود عليه حكما والمناف لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره وتام ذلك بما فيه وعليه يعرف في المختلف تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم قوله واذا رجع شهود الفرع اذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التالف مضافا اليهم ولورجع الاصول وقالوا لم نشهد شهود الفرع فاما ان يقولوا لم نشهد الفرع وعلى شهادتنا او يقولوا شهدناهم غالطين او رجعا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم انكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الاصول ونقض بشهادتهم ثم رجعوا* وان كان الثاني فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ربح ضمنا لهما ان القضاء وقع بشهادة الفرع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى يكون سببا للاتلاف وله ان الفرعين قام مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القضاء والقضاء يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عد التهما نصارا كانهما حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وفي

كتاب الرجوع عن الشهادة

وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا ولورجع الاصول والفروع جميعا فنعد هما
يجب الضمان على الفروع لا غير لما مرّ أن القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رج
المشهود عليه مخير بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين وذلك لأن القضاء
وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله وبشهادة
الاصول من الوجه الذي ذكره محمد رج والعمل بهما أولى من اهما ل احدهما
فان قيل فلم لم تجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف اجاب بقوله
والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة
الاصول ولا مجانسة بينهما ليحل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق الا ان يكون الضمان
على كل فريق كالمفرد عن غيره * وتأخير دليل محمد رج في مسئلتين يدل على اختيار المصنف
قول محمد رج وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت
الى ذلك لان ما مضى عن القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يبطل به القضاء لانه خبر محتمل
ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك
لا يفيد شيئا **قوله** وان رجع المزكون عن التزكية ضدوا اذا شهدوا بالزنا وزكوا فرجم
المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيد او كفار فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم
اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريةهم ولم يتبين كذبهم بما اخبروا من قول الناس
انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة
للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال * وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعدنا
ضمنوا عند ابي حنيفة رج خلا فلهما لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا وما
نعرضوا له وانما اتوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المشني على الشهود كشهود الاحصان
وله ان التزكية اعمال للشهادة ان القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك
فهو بمنزلة علة العلة من حيث التاثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها * وانما قال

في معنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب اضيف اليه الحكم لتعذر
 الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا
 بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا
قوله واذا شهد شاهدان باليمين اذا شهدا على رجل انه قال لعبدة ان دخلت هذه الدار
 فانت حرا وقال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وآخران على دخولهما ثم رجعا جميعا
 فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة رد لقول زفر رح فانه يقول الضمان عليهم
 لان المال تلف بشهادتهما * ولنا السبب هو اليمين لا محالة والتلف يضاف الى السبب
 دون الشرط المحض لان السبب اذا صالح لاضافة الحكم اليه لا يصار الى الشرط
 كحافر البئر مع الملقى فان الضمان عليه دون الحافر **قوله** الا يرى توضيح للاضافة
 الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان لم يشهد
 بالدخول ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشائخ فيه وما لشمس الائمة السرخسي
 الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط * وفي ما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى
 ورجع شهود الشرط من بعض المشائخ انهم يضمنون لان العلة تصلح لاضافة الحكم اليها
 ههنا فانه ليست بتعدي فضاف الى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر * قيل وهو غلط
 بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان
 قوله انت حر مباشرة لا تلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة
 دون الشرط سواء كان بطريق التعدي اولا * بخلاف مسألة الحفر فان العلة هناك نقل
 الماشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فلذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط
قوله ومعنى المسئلة يريد به صورة المسئلة وقد قدمنا في صدر البحث والله اعلم

* كتاب الوكالة *

عقب الشهادات بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاقد

الى تعاوض وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا فصارت كالمركب من المفرد فاثرتا خبرها * والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكَّله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكل اليه الامر اي مفعول اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم * وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورثكم هذه الى المدينة ولم يلحقه النكير * وبالسنة وهو ما روي انه وكل حكيم بن حزام بشري الاضحية * وبالاجماع فان الامة قد اجتمعت على جوازها من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا * وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطيها وركنها لفظ وكلت واشباهه وروي بشر عن ابي يوسف رح اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبع عهدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع وشرطها ان يملك الموكل التصرف وتلزمه الاحكام كما سندكرة وصفتها انه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه **قوله** كل عقد جائز ان يعقده الانسان بنفسه هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مبناه الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة فيحتاج الى التوكيل وقد صحح ان النبي عليه السلام وكل بشراء الاضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة بتزويجها اياه عليه السلام واعترض على الضابطة بانها غير طردة ومنعكسة اما الاول فلان الانسان جائز ان يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل مسلما في الخمر لم يجوز جاز ان يعقد الذمي بنفسه فيها واما الثاني فلان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراءها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رح واجواب من الاول ان محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر

(كتاب الوكالة)

بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بأنه تقرير للنقض لا دافع له وبأن التوكيل بالشراء جائز
 وما ذكرتم موجود فيه والجواب أنه من باب التخليف لمانع وقيل عدم المانع في الأحكام
 الكلية غير لازم وأن محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض
 الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لا يقال هـ لا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لأن
 ذاك محل التوكيل بإيفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه
 هو أن يكون مستبد به والتوكيل ليس كذلك والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكيل
 المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكيل وأن صح التوكيل وقد
 وجد المانع وهو حرمة اقترانه منها وعن الثاني بأن العكس غير لازم وليس بمقصود واعتراض
 على قوله لأن الإنسان قد يعجز عنه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة
 وإن لم يكن ثمه عجز أصلاً وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى
 في الجنس لا في الأفراد ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لأن الحاجة
 للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وح يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز
قوله ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة
 وكذا بإيفائها واستيفائها بالخصومة فلما قد مانه من تحقق الحاجة إذ ليس كل أحد
 يهتدي إلى وجوه الخصومات وقد صح أن علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً في الخصومة
 لكونه ذكياً حاضر الجواب وبعد ما أسن عقيل وقره فوكل عبد الله بن جعفر وأما بإيفائها
 واستيفائها فلأنه جاز أن يباشر بنفسه فجاز أن يوكل به الأفي الحدود والقصاص فإن الوكالة
 باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لأن الحدود تندري بالشبهات بالاتفاق
 فلا يستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي إلى القاضي
 والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال **قوله** وشبهة العفود ليل على القصاص
 لأن الحدود لا يعنى عنها * وتقريره أن القصاص بندري بالشبهات وهي موجودة لأن شبهة

شبهة العفو ثابته حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر
هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي رح
يقول خالص حق العبد يستوفي بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه
لا تندري بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعني يستوفي الحدود والقصاص عند غيبته
لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذا الاصل هو الصدق لا سيما
في العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة اي شبهة العفو فانه في حضوره
مما لا يخفى فان قيل اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو
يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء يعني لقلته هدايته اولان قلبه
لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لا لئلا يسد بابا بالنسبة اليه بالكلية
قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال
وبجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وايضا واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود
والقصاص واستيفائها بقي الحدود والقصاص داخله في قوله بالخصومة في سائر الحقوق
فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا تجوز الوكالة باثبات الحدود
والقصاص باقامة الشهود وقول محمدرح مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل
غائبا ما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره
ولا يبي يوسف رح ان التوكيل انا بة والا نابة فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه
عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولا يبي حنيفة رح
ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط
المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق
لقيام المقضي وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة
على الشهادة لانها في الشرط لا تصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف

الاستثناء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانه يتعلق بها الظهور
 وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالتصاوص وكلا بالجواب يدفع ما عليه وكلام
 ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع *
 الا يرى ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة لكن هذا
 الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس
 صحته لقبامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه
 الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الامر به **قوله** قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل
 بالخصومة الا برضا الخصم اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم
 قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بها الا برضا سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه الا
 بالمرض او السفر ولا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رح قال المصنف
 ولا خلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضا
 هل يرتد برده ولا عنده يرتد خلافا لهم * فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة
 الا برضا الخصم مجاز القول ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم
 فيكون ذكره لازما وارادة الملزوم وفيه نظر لانا نلسم ان الجواز لازم للزوم عرف
 ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز * والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة
 الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا
 فلا * فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه يجعله مجازا * لهما ان التوكيل
 تصرف في خالص حقه لانه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك
 حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي
 اي بقبض الديون وايضاها ولا يبي حنيفة رح انا نلسم انه تصرف في خالص حقه
 فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير

للغير لا يكون خالصاً له * سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضا كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانها تثوقف على رضا الآخر وان كان تصرفه في خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والنسخ **قوله** بخلاف المريض بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك ان الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن التزل ان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت اشد من اللازم بتفاوت الجواب فيتحمل الاسهل * والمريض المانع عن الحضور هو الذي يمنعه عنه مطلقا واما المستطيع بظهر الدابة او الحمل فان ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح * واردة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقيق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره او بالسؤال عن رفقاته كما في فسح الاجارة ولو كانت الخصم امرأة مخدرة وهي ممن لم تجر عاداتها بالبر وزوج حضور مجلس الحاكم قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها ان تنطق بحقها الحيث لا يلزم توكيلها قال المصنف رح هذا شيء استحسنه المتأخرون واما في الاصل فانه لا فرق عند ابي حنيفة رح بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها والبكر والشيبة في عدم جواز الوكالة الا بالعذرين المذكورين وعندهما كذلك في جوازها وقال ابن ابي ليلى تقبل من البكر دون الشيبة والرجل **قوله** ومن شرائط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا التقيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في نفسه ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف

(كتاب الوكالة)

الذي وكل به * واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب بكلمة من جنس التصرف * وقوله وتلزمه الاحكام بحتم احكام ذاك التصرف وجنس الاحكام والاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل بدلانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطاً واحداً وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطاً واحد الزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشرط ولا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه قله لان الوكيل دليل على اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل اكونه نائباً عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملك محال وتقتل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذي يبيع الخمر والاول ممنوع فانه يملك باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافه عن الوكيل في ما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا كلام فيه ولا ينافيه ايضا الجواز ثبوت شيء باعدين على البذل والحاصل ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث تلزمه احكام ما باشره الوكيل باهليته في كل فرد فرد سواء كان الموكل يملكه او لا لغرض مرض في بعض ذلك لان مبناها على التوسع ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقدان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن

الغبن الفاحش والغبن اليسير وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويقصده
 بان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة وهذا يشتر
 الى ان معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب
 ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة
 ان ما زاد على ده نيم في المتاع وده يارده في الحيوان وده وازده في العقار او ما يدخل
 تحت تقويم المتومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه واذ اوكل الحر البالغ
 او الماذون البالغ مثلهما جاز وفيهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى لان
 الموكل مالك المتصرف والتوكيل من اهل العبارة وكل وكالته كان الموكل مالكا للمتصرف
 والتوكيل من اهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبياً محجوراً عليه
 او عبداً محجوراً عليه او فعل الماذون ذلك جاز لا انتفاء ما يمنع ذلك امام من جانب الموكل
 فظاهر وامام من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا يتخذ تصرفه بان وليد العبد
 من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفاً
 في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده ويعلم
 من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من ان يرضى له المولى وتذال والصبي
 اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزماً في حق نفسه في ذلك الوقت
 فلهذا لم تلزمه بعد البلوغ * وانما قيد بقوله محجوراً عليه فيهما اشارة الى انهما لو كانا
 ماذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو ان الصبي الماذون اذا وكل بالبيع فباع
 لزمه العهدة سواء كان الثمن حالاً او مؤجلاً واذا وكل بالشراء بشئ مؤجل لم يلزمه قياساً
 واستحساناً بلى يكون على الامر يطالبه البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس بضمان
 ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وليس هذا كذلك انما هذا
 التزم مالا في ذمته امتوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي الماذون

(كتاب الوكالة)

يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشئ بشئ من حال فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبس بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي الماذون من اهل ذاك والجواب في العبد الماذون ايضا على هذا التفصيل وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق له خيار الفسخ لانه ما رضي بالعقد الا على ظن ان الحقوق تتعلق بالعقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب لم يرض به **قوله** والعقد الذي يعقده الوكيل على ضربين العقود التي يعقدها الوكيل على ضربين ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا اتوا به واعتبره بالرسول والوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلان حكم العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آد ماله اهلية الاجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له وبغيره سواء واما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهم لا يستغنيان عن الاضافة اليه وان كان كذلك كان الوكيل اصيلا في الحقوق فتتعلق حقوق العقد به فلماذا قال القدوري في المختصر وقال محمد رح في المبسوط بسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذاك كله من حقوق العقد **قوله** والملك يثبت للموكل خلافا جواب عما قال الشافعي رح ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا اتوا به وتقريره ان الملك يقع للموكل ولكن بعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل

حكمه للوكيل فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقه ابي طاهر الدباس
واليه ذهب جماعة من اصحابنا رحمهم الله وقال شمس الايمترج قول ابي طاهر اصح
وقال المصنف رح هو الصحيح فان قيل قول ابي طاهر كقول الشافعي رح فكيف يصح
جوابا عنه مع التزام قوله فانه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذلك الحقوق
فالجواب انه ليس كذلك لانه يقول بثبوت الملك لسبب الشافعي رح اصله * وتحقيق
المسئلة ان لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارة وجهته نيابته عن الموكل واعمالهما
ولو بوجه اولي من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى
القياس لخصولهما بعبارة رته واهليته بطل التوكيل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا
الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليد اشار المصنف بقوله اعتبار التوكيل السابق
فتعين الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة
والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب وقوله هو الصحيح احتراز
عن طريقة الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل
الى الموكل * وانما كان الاول هو الصحيح لان المشتري اذا كان منكوحه الوكيل او تربيته
لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشتري لكان ذلك واجيب بان نفوذ العتق يقتضي
ملكه مستقرا قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حرة على رقبته فاجاز المولى صارت
الامة مهر المحرة ولم يفسد النكاح وان ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل
غير مستقر ينتقل في ثاني الحال فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله عليه السلام
من ملك ذارحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي ابو زيد الوكيل نائب
في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله
فوافق ابا الحسن في حق الحقوق وابطاها في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا حسن
قال المصنف رح وفي مسئلة العيب تفصيل ذكره واراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع

والشراء بقوله وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يردّه بالعيب مادام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يردّه الا باذنه **قوله** وكل عقد يضيفه الى موكله هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لان الوكيل فيها سفير ومعبّر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان اضافته الى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكان العقد صدر منه ومن صدر منه العقد رجع اليه الحقوق كما في الضرب الاول قال المصنف راجع وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل من السبب لانه يعني ان السبب في هذه العقود استقاط فيتلاشى ومعنى الاستقاط في غير النكاح ظاهر واما في النكاح في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم عليه السلام كالذكور الا ان الشرع اثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك استقاطا لكتبتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره ولتأمل ان يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فيما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل من السبب والجواب انا قد قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل او يثبت له خلافة اعتبار التوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبار العبارة وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتأخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للاستقاط اما ان يبقى الحكم للوكيل او تنتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيراً لله دونه على فضله وتسميته للطائف الاعتبارات جزاء الله عن الطلبة خيراً **قوله** والضرب الثاني من اخواته اي ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال والكتابة والصلح عن الانكار فيضيف الى موكله والحقوق ترجع اليه لانه من الاستقاطات واما الصلح الذي هو جار مجرى البيع وهو الصلح عن اقرار فهو من الضرب الاول لانه

لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع تتعلق حقوقه بالوكيل * واذا وكل بان يهب عبده
 لفلان او يتصدق بماله او يقرضه او يعير دابته او يودع متاعه او يرهنه فقبض الوكيل
 وفعل ما امر به جاز على الموكل باضافته اليه مثل ان يقول وهبه لك موكلي او رهنه
 وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض
 ممن عليه قال المصنف رحمه الله لان الحكم فيها يعني في الصور المذكورة يثبت بالتبض
 والقبض يلاقي محلا مملوكا للغير فالحكم يلاقي محلا مملوكا للغير فقوله فلا يجعل اصيلا
 مقتضاه اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا اتى محلا مملوكا
 لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحق في ما يثبت الحكم بالعبارة وحدها في ما لا يقبل
 الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة نفقي ما احتاج الى القبض
 اولى لضعفها في العلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتبس نحو الوكيل بالاستعارة
 او الارتهان او الاستيهاج فان الحكم والحق ترجع الى الموكل دون الوكيل
 اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل
 وتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة
 العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه وكذا اذا وكل بعقد
 الشراكة والمضاربة كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة **قوله** الا ان التوكيل
 بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتبس واعلم
 اني اعيد لك ههنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام
 من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله وان سمح ذنك بخلافه فلا ملومة فان جهد
 المقلد دموعه * التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز
 ورد بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن
 في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محله في الاستقراض البذل منه في ذمة

الموكل واجب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض فأورد التوكيل بالانتهاب والاستعارة فإنه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعبر او الموهوب له فيجعل محلاً للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والانتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فإنه يتصرف فيها بجهلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب اننا اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفاً عن بدل يلزم في الذمة اذ لم يكن فيها بدل في الذمة فلما اعتبرناها محلاً في الاستقراض وفيه بدل معتبر لا يفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب بخلاف الرسالة فيه فانها تصح في الاستقراض قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك في ما استقرض الامر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان ويستقرض منك فمح ثبت الملك للمستقرض يعني المرسل **قوله** واذا طالب الموكل المشتري بالثمن اذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنع اياه لانه اجنبي عن العقد وحقه لما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم تجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل ان يطالب به ثانياً لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه فلا فائدة في الاسترداد منه ثم في الدفع اليه وهذا في غير الصرف واماً في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جوازها بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم تجز فكذا اذا ثبت له حق القبض **قوله** ولهذا توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشتري على الموكل دين وقع المقاصة بدين الموكل ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

لكون الثمن حقه * ولأن المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابراء جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بالبراء للموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده اجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغيره وللوكيل عندا بحقيقته ومحمد رحمه الله ان يرى المشتري بغير عوض فكذلك بعوض لكنه يضمن للموكل في الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظره فانه لو كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا تضمين الوكيل والجواب ان الثمن حقه فجاز ابراءه وان الابراء من الوكيل هو ذلك فاذا ابراء اسقط حق القبض وليس للموكل حق القبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالمراهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه واستحسن ابو يوسف رحمه الله الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالوجوب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا قيل كان الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب بان في المقاصة وصولا متقدما ان كانت بدين الموكل ومناخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز *

* باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء *

قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وتوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقد تم فصل الشراء لانه ينبي عن اثبات الملك والبيع عن ازالته والازالة بعد الاثبات **قوله** ومن

(كتاب الوكالة - باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

وكل رجلا بشراء شيء اذا وكل رجلا بشراء شيء بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته اي نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلم عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم وهو المقول على كثيرين مختلفين بالحقائق في جواب ما هو كالحيوان * والنوع هو المقول على كثيرين متنقين بالحقائق في جواب ما هو كالانسان مثلاً * والصنف هو النوع المقيد بتعدد عرضي كالتركي والهندي * والمراد ههنا بالجنس ما يشتدل اصنافاً على اصطلاح اوائك وبالنوع الصنف * فسن وكل رجلا بشراء شيء فاما ان يكون معيناً او لا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شيء والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل ان يقول عبداً هندياً او تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبداً بخمسة مائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوماً فيمكنه الايتمار فان ذكر الجنس مجرداً عن الوصف او الثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل على الايتان بما امر به واعتراض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوماً بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل هو شراء نوع من جنس واذ لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل ان يقول ابتع لي ما رأيت فانه فوض الامر الى رأيه فأي شيء يشتريه يكون ممثلاً ويقع عن الامر والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في باب الوكالة استحساناً والمراد من الوصف النوع والقياس ياباه لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بان يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا في ما اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلوا اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقاً وحرماً وذلك خلف باطل * فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها * فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه وصفته فذاك معلوم صحت الوكالة به لا محالة وان ترك

جميع ذلك وذكر لفظ يدل على اجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لامحالة وان بين الجنس بان ذكر لفظ يدل على انواع مختلفة فان ضم الي ذكرك بيان النوع او الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لا خراشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة بين الثمن والالجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس به من الاطلس الى الكساء ولهذا لا تصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والنجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعدى الامثال لان ذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى مراد الامر لثنا حش الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاخشا بذكر الوصف والثمن * واذا قال اشتر لي عبدا او جارية لا يصح لان ذلك يشتمل انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو الذي ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت لان بذكر النوع تقل الجهالة وكذا اذا قال عبدا بخمسائة او جارية بالف صحت لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما عادة فلا يمتنع الامثال * وتبين من هذا ان اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة اي الجودة والرداءة والسطة وفائدة ذكر وضع الجاهل الصغير بيان اشتمال لفظه على اجناس مختلفة كما اشرنا اليه **قوله** ومن دفع الي آخر ذراهم وقال اشتر لي بها طعاما ومن دفع الي آخر ذراهم وقال اشتر لي بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبار الحقيقة كما اذا حلف لا يأكل طعاما اذا الطعام اسم لما يطعم ووجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح بالا اعتبار من القياس والعرف في شراء الطعام ان يقع على الحنطة ودقيقها * قالوا هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالبيع والشراء* فصل في الشراء)

واما في عرف غيرهم فينصرف الى كل طعام قال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمُسوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهرة يدل على ان ما ذكره الاطلاق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قليل مخالف للاول وهو قول ابي جعفر الهندواني ولكن ذكر في النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله فقال في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا * ثم ان قل الدراهم قل ان يشتري بها خبز او ان كثرت فليس له ان يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة * واقول في تحقيق ذلك العرف يصرف اطلاق اللفظ المتساوي لكل مطعموم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بتلتها وكثرتها وسطتها تعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض ما يرجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهاهم كثيرة يشتري بها طعاما فاشترى بها خبز او وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك **قوله** واذا اشترى الوكيل ثم اطاع على عيب اذا اشترى الوكيل ما وكل به وقبضه ثم اطاع على عيب فاما ان يكون المشتري بيده او دفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له ان يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان الثاني لم يرده الا باذنه لانتهاء حكم الوكالة ولان في الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا اي ولكون الحقوق كلها اليه كان خصمه لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره كالمستحق قبل التسليم الى الموكل **قوله** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف او يسلم في مكيل مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في اول كتاب الوكالة ولو

وأما وكله بان يقبل السلم لا يجوز لان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه اليمن على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون واعترض بان قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب ان يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتفاض * وبان التوكيل بالشراء جائزا لمحالته والتمن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز ان يكون المال للمسلم اليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه واجيب عن الاول بان الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الامر به وعن الثاني بان كلامنا في ما اذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزم المبدل في ذمته فان قيل فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا * واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا اسلمه الى الامر على وجه التملك منه كان قرضا له عليه * ولا فرق في ذلك بين ان يضيف العقد الى نفسه او الى الامر لا طلاق ما يدل على بطلانه * ولا بد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم في المجلس فان قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن تتعلق الحقوق او ممن لا تتعلق به كالصبي والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لو جرد الافتراق من غير قبض قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كاصراف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل * ومفارقة الموكل غير معتبرة لانه ليس بعاقدا والمستحق بالعقد قبض العاقد **قوله** بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع في بعض النسخ بخلاف

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

الرسولين أي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم أي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم إليه لأنه كما لا تجوز الوكالة من جانب المسلم إليه فكذلك الرسول ومعناه أن الرسول إذا قبض لا يصح العقد بقبضه لأن الرسالة في العقد لا في القبض والألکان افتراق بلا قبض وإذا كانت فيد ينتقل كلامه إلى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح **قوله** وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله إذا دفع الوكيل بالشرى الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فلأن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكيمية أي صار الوكيل كالبائع من المشتري لثبوت أماراتها فانهما إذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان وإذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يردّه على الوكيل وذلك من خواص المبادلة فإن قيل ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا الفرع المختص بأصل وجوده يدل على وجود أصله فلا امتناع في كونه دليلا وإنما الممتنع كونه ملّا لأصله * وإذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري من جهته ف يرجع عليه **قوله** ولأن الحقوق دليل آخر وتحقيقه أن التبرع إنما يتحقق إذا كان الدفع بغير إذن الموكل والأذن ثابت ههنا دلالة لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل ومن جعلتها الدفع علم أنه مطالب بالدفع لقبض المبيع فكان راضيا بذلك أمرابه دلالة وهلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لأن يده كيد الموكل فإذا لم يحبس صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يبطل الرجوع ولو قيل أن يحبس حتى يستوفي الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن * وعلى هذا الفصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن إلى البائع أولا وقال زفر رح ليس لذلك لأن الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كأنه سلمه إليه والحبس في المسلم غير متصور * ولنا في ذلك طريقان * أحدهما أن يقال التسليم الاختياري يسقط

يستطحق الحبس لان المهادنة تقتضى الرضا وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا
لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوصل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكن ان يقبض
على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يستطحق الحبس * والثاني ان يقال ان قبض الوكيل
في الابتداء متردد بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حقه وانما
يتبين احد هما بحبسه فكان الامر فيه موقوفاً في الابتداء ان لم يحبسه عند عرفنا
انه كان عاملاً للموكل وان حبسه كان عاملاً لنفسه وان الموكل لم يصرف قابضا بقبضه
فان حبسه فهلك كان مضموناً ضمان الرهن عند ابي يوسف ربح يعتبر الاقل من قيمته
ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل
بخمسة وضمن المبيع عند محمد ربح وهو قول ابي حنيفة ربح يسقط الثمن بدليله كان
او كثير او ضمان الغصب عند زفر ربح يجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت ولا يرجع الوكيل
على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر * زفر ربح
يقول منعه حقه بغير حق لما ذكرنا ان قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار
خاصاً ولهما اي لا يحنثه ومحمد رحمه الله ان الوكيل بمنزلة البائع من الموكل
كما تقدم والبائع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا حبس الوكيل فيستط الثمن بهلاك المبيع
واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع
وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملاً لنفسه فيقوى جهة
كونه بائعاً فلزم الضمان واما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده
امانة ولا يبي يوسف ربح انه مضمون بالحبس لاستيفاء بعد ان لم يكن لانه لم يكن
مضموناً قبل الحبس كما تقدم فصار مضموناً بعد الحبس وكما هو كذلك فهو في معنى
الرهن لا معنى البيع فان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد * وهذا الاثبات مدعاة
وقوله بخلاف المبيع لنفي توهم اي يعني ان المشتري ليس كالمبيع ههنا لان البيع ينسخ بهلاك المبيع

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

وههنا لا يتنسخ أصل البيع يعني الذي بين الوكيل وبائعه واجاب المصنف رح بقوله قلنا يتنسخ في حق الموكل والوكيل وان لم يتنسخ في حق البائع ومثله لا يستنع كما لو وجد الموكل عيبا بالمشتري فردة ورضي به الوكيل فانه يلزم الوكيل ويتنسخ العقد بينه وبين الموكل * قبل وهذا مغالطة على ابي يوسف رح لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد القبض فتعي الاول يتنسخ البيع وفي الثاني لا وانسخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انسخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع * وان لكما ترى فاسد لانه اذا فرض ان الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تأملت حق التأمل وجدت ما ذكر من جانب ابي يوسف رح غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ما ذكره وهما **قوله** واذا وكله بشراء ارطال لحم بدرهم واكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم واكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما ان يكون ذلك من لحم يباع مثله عشرة ارطال بدرهم او مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم فان كان الاول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم وهذا بخيفه رح وقد لا يلزمه العشرون وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد رح مع البخيفه رح ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الاصل اي في وكالة المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه لزم للامر عشرة منها بنصف درهم والباقي للما مور ولا يبي يوسف رح ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم ووطن ان سعرة عشرة ارطال والوكيل لم يخالفه في ما امره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شيء لاسيما اذا زاد خبرا وصار كما اذا وكل ببيع عبد بالف فباعه بالثمن ولا يبي خيفه رح انه امره بشراء عشرة ارطال ولم يامر به شراء الزيادة نظن ان ذلك

ان ذلك المقدار يساوي درهمين وقد خالفه في ما امر به فينبذ شراؤه عليه وشراء العشرة على الموكل
لانه اتيان بالامور به وفيه بحث من وجهين * الاول يجب ان لا يلزم الامر شي من ذلك
لان العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا او قد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز
على قول ابي حنيفة رح كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلثا لا تقع واحدة
لثبوتها في ضمن الثلث والمنضم لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه تبعاله *
والثاني انه اذا امره ان يشتري ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد
منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة رح لا يجوز البيع في كل واحد منهما يعني لا يلزم
للامر منهما شيء والمسئلة كما لمسئلة ذوالقعدة بالقعدة واجاب عن الاول الامام حميد الدين
بان في مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك لا يقع الا في ضمن
ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه وما في مائحه فيه فكل قصدي لان
اجزاء الثمن تنوزع على اجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن في الشراء وعن الثاني صاحب
النهاية يجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتها اذا كانت من جنس واحد
وصفة واحدة وكلاما فيه وح كان للوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة شاء بخلاف
الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحرز
والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والمضى هذا اشار
في التتمة فقال لاني لا ادري ايها اعطيه بحصة من العشرة لان التهمة لا تعرف الا بالحرز
والظن وهذا لا يتمشى الاعلى طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط * واما
عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذاك ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت
فيه قليل اذ له كان من جنس واحد مفرغ في التساوي في القدر والقيمة وقد اختلف بعضه
ببعض * بخلاف الثوب فان في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطول وعرضها
ورفعة ورفعة واصله كونه جاصلا بصنع محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو اقل

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالبيع والشراء* فصل في الشراء)

خلا قوله بخلاف ما استشهد به جواب عن تمثيل أبي يوسف ربح المئزر ع فيه بتوكيل بيع العبد
 بالف وبيعه بالفين بان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له * ورد بان الدرهم
 ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما والجواب ان الزيادة ثمة مبدل منه
 لا بدل فكان الفرق ظاهرا * والحاصل ان ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد
 لوجود الفارق واقل ذلك ان الالف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز
 صرفها الى حاجة اخرى تارة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتألف * وان كان الثاني
 كان المشتري للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر يتناول السمين والمشتري
 هزيل فلا يحصل مقصود الامر **قوله** ولو وكله بشراء شيء بعينه ولو وكل بشراء شيء بعينه
 لا يصح له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدى الى تغيير المسلم لانه اعتمد عليه وذلك لا يجوز
 ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغية الموكل على ما قيل لانه فسخ عقد
 فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل
 الا اذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما يحصل به المخالفة فان اسمى الثمن
 واشترى بخلاف جنسه اولى بسم واشترى بغير النقود او وكل رجلا بشراءه واشترى الثاني
 وهو غائب ثبت الملك في هذه الوجوه للوكيل الاول لانه خالف امر الامر فينفذ علينا ما اذا اشترى
 بخلاف جنس ما سمي فظاهروا كذا اذا اشترى بغير النقود لان المتعارف نقد البلد
 فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكل وكيل لانه مأمور بان يحضر رايه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته
 قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا انكحها من نفسه بمهر المثل
 المأمور به فانه يقع على الوكيل الاعلى الموكل مع انه لم يخالف في المهر المأمور به واجيب
 بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل والموجود منه ليس بمضاف اليه حيث
 انكحها من نفسه فان الانكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف
 الى الموكل لامحالة فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل واذا عرف ما به المخالفة فما

فما عداه موافقة مثل ان اشترى بالمسمى من الثمن او بالنقد في ما اذالم يسم او اشترى
 الوكيل الثاني بحضور الوكيل الاول فينفذ على الموكل لانه اذا حضر رأيه لم يكن مخالفا * قيل
 ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني
 بحضور الاول او فعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق
 والعناق فان الوكيل الثاني اذا طلق او اعتق بحضور الاول لا يقع والرواية في الذخيرة
 والتممة واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الرأي
 الى الوكيل وتفويض الرأي الى الوكيل انما يتحقق في ما يحتاج فيه الى الرأي ولا حاجة
 فيهما اذا انفردا عن مال الى الرأي فجعلناها مجاز للرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة
 والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المامور به مأمورا بنقل عبارة الامر لا بشيء آخر وتوكيل
 الآخر والاجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل واما في البيع والشراء وغيرهما
 فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانه يحتاج فيهما الى الرأي فاعتبرا لما مور به وكلا
 والمامور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره او باجازه **قوله** وان وكله بشراء عبد بغير عينه
 اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبد افهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل
 او يشتره بمال الميركل وقوله هذا محتمل يجوز ان يكون مراده النقد من مال الموكل
 وان تكون الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المصنف وذلك لان هذه المسئلة على وجوه
 لانه اما ان يضيف العقد الى مال الموكل او الى مال نفسه الى دراهم مطلقة فان كان الاول كان
 الامر حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا اذا الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره
 مستنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا لدراهم الامر وان كان الثاني كان المامور حملا لفعله على ما يفعله
 الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم * ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله
 على ما يحل له شرعا او يفعله عادة لا يلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له
 ان يشترى لنفسه ويضيف الثمن الى غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشترى لغيره ويضيفه

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

التي دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة والاول اولى لان بالاول يصير فاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواه الامر فهو له ولنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل بشي بغير عينه وان اختلف فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالاجماع فمن كان نقد الثمن من ماله كان المبيع له لكونه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا على انه لم يحضره النية قال محمدرح هو للعاقدا ان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية له والفرض عدمه وقال ابو يوسف ربح يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين ان يكون له ولغيره فيكون موقوفا من اي المالين نقد تعيين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما به يحتمل انه كان نوى للامر ونسبه وقوله وفي ما قلناه يعني تحكيم النقد حمل جاله على الصلاح لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غاصبا كما في حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا معتبرا بالنقد وخلافه في ما اذا تصادقا على انه لم يحضره النية وقت الشراء انه يقع للوكيل او يحكم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه * فكان حمل كلام القدوري او يشترى به مال الموكل على الاضافة اولى ولهذا قال المصنف وهو المراد عندي بقي الكلام في ان الاضافة الى اي نقد كانت ينبغي ان لا تغيب شيئا لان النقود لا تنعين بالتعيين واجيب عن ذلك باننا لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تنقيد بها على ما سيجي من انها تنعين في الوكالات الا يرى انه لو هلك قبل الشراء به بطلت الوكالة وانما تنقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة **قوله** والنوكيل بالاسلام على هذه الوجوه انما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيًا لقول بعض

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

بعض مشائخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادفانه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم
النقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلة التوكيل بالاسلام
وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف رح بان للنقد اثر
في تنفيذ السلم فان المفارقة بالنقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء
كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل **قوله** ومن امر رجلا بشراء عبد بالف
ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت وانكره الموكل فاما ان يكون التوكيل
بشراء عبد معين او غيره والاوّل سيجي والثاني اما ان يكون العبد ميتا عند الاختلاف
او حيا وعلى كل من التقديرين فاما ان يكون الثمن منقودا او غيره فان كان ميتا والثمن
غير منقود فالقول للامران المامورا خبر عما لا يملك استيناف سببه وهو الرجوع بالثمن
على الامر فان سبب الرجوع على الامر هو العقد وهو لا يقدر على استينافه لان العبد ميت
وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الموكل
وهو منكر فالقول قوله فتقوله لا يملك استينافه معناه استيناف سببه فهو مجاز بالحذف * وقوله
وهو راجع الى ما في عما * وان كان الثمن منقودا فالقول قول المامور لانه امين يريد الخروج
عن عهده الامانة فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلاف فان كان الثمن منقودا فالقول
قول المامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
لانه يملك استيناف الشراء لكون المحل قابلا لا يتهم في الاخبار عنه * فان قيل ان وقع الشراء
للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل اجيب بان تملك استيناف الشراء دائر مع النصور
ويمكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل وعند ابي حنيفة رحمه الله القول
للأمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفة خاسرة اراد ان يلزمها الامر بخلاف
ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهده
الامانة ولا تنس في يده ههنا يعني في مانحن فيه حتى يكون الوكيل امينا فيقبل قوله

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

تبعاً للخروج عن عهدة الأمانة وإن كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للماورسواء كان الثمن منقوداً أولاً بالاجماع أما عند هملانه يملك استينافه وأما عند أبي حنيفة رح فلانه لا نهمة فيدلان التوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على ما مران شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن لنفسه عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره فإنه لو فعل ذلك جاز ووقع المشتري له بخلاف ما إذا كان العبد غير معين فإن فيه التهمة المذكورة من جانب المتخيف رح *

وإن كان العبد هالكا والثمن منقوداً فالقول للماورلانه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة * وإن كان غير منقود فالقول للآمرلانه أخبر عدل يملك استينافه ويريد بذلك الرجوع على الأمر وهو منكراً فالقول قوله **قوله** ومن قال لا خير يعني هذا العبد لفلان رجل قال لا خير يعني هذا العبد لفلان يعني لاجله فباعه منه فلما طلبه منه فلان أبى أن يكون أمرة بذلك فإن لفلان ولاية أخذه لأن قوله السابق يعني قوله لفلان إقرار منه بالوكالة عنه والإقرار بشيء لا يبطل بالإنكار اللاحق فلا يثمة الإنكار اللاحق * فإن قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون للشناعة كالأجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك أي لاجل شعاعتك فلما خلاص الظاهر لا يصار إليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الأجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة بموجودة في مانحن فيه وإن قال فلان لم أمرة أنا ثم بداله أن يأخذه لم يكن له أن يأخذه لأن الإقرار ارتد بالرد إلا أن يسلمه المشتري له أي إلا أن يسلم له المشتري العبد لاجله إليه * ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلان العبد المشتري لاجله فاعل يسلم ضمير يعود إلى المشتري * بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها فيكون يباع جديداً وعليه العهدة أي على فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن لانه صار مشترياً بالتعاطي كالفضولي إذا اشترى لشخص ثم سلمه المشتري لاجله ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد

نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع **قوله** ومن امرر جلابان يشتري له عبد ين باعيا نهما ومن امرر جلابان يشتري له عبد ين باعيا نهما ولم يسم لهما ثمنًا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق عن قيد شرائهها متفرقين او مجتمعين فقد لا يتفق الجمع بينهما في الشرى الا في ما لا يتغابن استثناء من قوله جاز اي جاز شراء احدهما الا في ما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رحمه الله يجوز البيع بغبن فاحش ولو امره ان يشتريهها بالف وقيمتهم سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله ان اشترى احدهما بخمس مائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتهم سواء وكل ما كان كذلك فيقسم بينهما نصفين لوقوع الامر بذلك دلالة فبان امرا بشراء كل واحد منهما بخمس مائة ثم الشراء بذلك موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت او كثيرة فلا يجوز الا ان يشتري الباقي بقيمة الالف قبل ان يختصما استحسانا والقياس ان لا يلزم الامر اذا اشترى احدهما باز يد من خمسمائة وان قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان ان شراء الاول قائم فاذا اشترى الباقي بما بقي من الالف حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالف والانقسام بالتسوية كان ثابتا بطريق الدلالة فاذا جاء الصريح وامكن العمل به بطل الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد بالمتعارف وهو في ما يتغابن فيه الناس لكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشتري به الباقي لتحصيل غرض الامر **قوله** ومن له على اخر الف ومن له على آخر الف درهم فامر ان يشتري بها عبدا معينا صح على الامر ولزمه قبضه او مات قبله

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

عند المأمور لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولوعين البائع جاز كما سند كره فكذا
 اذا عين المبيع بالاتفاق وان امره ان يشتري بها عبد اغير عينه فاشتراه فان قبضه الامر
 فهو له كذلك وان مات في يد الوكيل قبل ان يقبضه الامرات من مال الوكيل
 عند ابي حنيفة رحمه الله وقال هو لازم الملاءة اذا قبضه المأمور وعلى هذا الخلاف اذا امره
 من عليه الدين ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه فان عين المسلم اليه ومن يعتد به عقد
 الصرف صح بالاتفاق والافعلى الاختلاف وانما خصهما بالذكر لرفع ما عسى يتوهم
 ان التوكيل فيهما لا يجوز لا اشتراط القبض في المجلس لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان
 في المعاوضات ديناً كان او عيناً الا يرى انهما لو تبايعا عيناً دين ثم تصاد فان لادين لا يبطل
 العقد وما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر
 لان يد الوكيل كيد فصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين ولا يبي حنيفة رح
 انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك
 العين واستط الدين بطلت ونقل الناطقي عن الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض
 المدانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاماً فاشترى بدنانير غير هائم نقد دنانير
 الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل * والمسئلان تدلان على ان النقود
 في الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكور في الكتاب لا تفصيل بين ما قبل القبض وما بعده
 والاخرى تدل على انها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب قال في النهاية هذا
 على قول بعض المشائخ بعد التسليم الى الوكيل وما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات
 ايضاً بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال محمد رح في الزيارات رجل قال لغيره اشتر لي
 بهذه الالف الدراهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقته الدراهم
 ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير
 لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بخلاف لان الوكالات وسبله الى الشراء فيعتبر

كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء

فيعتبر بنفس الشراء والدرهم والدنانير لا تعينان في الشراء قبل التسليم فكذا في ما هو وسيلة الى الشراء * واما بعد التسليم الى الوكيل فهل تعين اخلاف المشائخ فيه قال بعضهم تعين لما ذكرنا وعامتهم على انها لا تعين ثم قال وفائدة التقيد والتسليم على قول العامة توقيت بقاء الوكالة ببقاء الدرهم المنقود وهذا قول منهم بالتعين بالتعيين لان المراد به هو التوقيت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل في ما وجب للوكيل عليه وتنازل ان يقول فعلى هذا في كلام المصنف رح نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة رح بقول بعض المشائخ الذين حدوا بعد ابي حنيفة رح بما نثني سنه والجواب ان المصنف لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشائخ رحمهم الله فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد رح على ما نقل عنه في الزيادات من التقييد بعد التسليم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضي خان مسئله تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكرنا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا وهلك الدرهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة به بل انما قيد المصنف رح بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدرهم المسلمة اليه لانه يضمن الدرهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما **قوله** واذا تعينت هو تتمه الدليل وتقديره انها تعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو دين مثلاً فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز لذلك او يكون امره بصرف اي بدفع مالا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادنى المديون الى البائع او الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والامر بدفع ما ليس بملكه باطل وصار كما اذا قل اعط مالي عليك

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الامر الا بالقبض الى من يختاره المدبون بنفسه
قوله بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع او المسلم اليه
 فان التوكيل صحيح لازم للامر لانه يصير البائع اولا وكبلا عنه في القبض ثم يملكه وذلك
 ليس بتملك من غير من عليه ولا امر بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين
 على آخر ينبغي ان يجوز جعله وكبلا بالقبض اولا لكونه معيناً واجب بان عدم الجواز
 ههنا لكونه بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير * وقوله وبخلاف جواب عن قياسهما
 على الامر بالتصرف ولم يذكره في الكتاب وقد صنفه في سياق دليلهما وذلك ظاهر * وقوله
 واذا لم يصح التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء
 عبد غير معين لم يعلم بالبعد غير صحيح نفذ الشراء على المأمور فاذا هلك عنده هلك من ماله
 لكن اذا قبضه الامر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي فان هلك عنده كان من ماله **قوله**
 ومن دفع الى آخر الفان رجل دفع الى آخر الفان وامره ان يشتري بها جارية فاشترى بها
 فقال الامر اشترى بها بخمسائة وقال المأمور اشترى بها بالف فالتقول للمأمور ومراعاة
 اذا كانت تساوي الالف لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر
 يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر والقول قول المنكر فان كانت التجارية تساوي
 خمسمائة فالتقول للامر لان الوكيل خالف الى شرح حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة
 والامر يتناول ما يساوي الف فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه واختلفا فالتقول للامر
 اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فلمخالفة الى شروان كانت قيمتها الف فمعنى قوله فالتقول
 للامر يتحالفان * ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير ان التجارية اذا كانت تساوي
 الف واجب ان تلزم الامر سواء قال المأمور اشترى بها بالف او باقل منها لانها اشترى بها بالف
 كان موافقا للامر وان اشترى بها باقل كان مخالفا الى خير وذلك يلزم الامر وهذا لانهما
 في هذا في هذا الفصل ينزلان منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكيمية بينهما وقد وقع

(كتاب الوكالة - باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما وتلزم الجارية المأمور * وفيه مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبرت المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك والجواب ان في الاول سبقت الامانة للمبادلة والسبب من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني **قوله** ولو امره ان يشتري له هذا العبد واذا امر بشراء عبد معين ولم يسم له ثمنا فاشتره ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه قبل لا تحالف ههنا وهو قول ابي جعفر الهندي واني رح لان تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشأه لزم الامر فكذا ههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البائع ثمه غائب فاعتبر الاختلاف لعدم مايرفعه وقيل يتحالفان كما ذكرنا * فان قيل المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه والتحالف يخالفه اجاب بقوله وقد ذكر يعني محمدرح معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لان البائع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت اعظم اليمينين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر اولى **قوله** والبائع بعد استيفاء الثمن جواب عن قوله ان تقع الخلاف بتصديق البائع بان البائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فبقي الخلاف والتحالف قال المصنف رحمه الله وهذا قول الامام ابي منصور الماتريدي وهو اظهر قال في الكافي وهو الصحيح والله اعلم بالصواب

* فصل في التوكيل بشراء نفس العبد *

لما كان شراء العبد نفسه من مولاة اعتاها على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فاسب ان يذكر في فصل علي حدة * والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاة على وجهين ان يوكل العبد رجلا يشتريه من مولاة وهو المسئلة الاولى

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

وان يوكل العبد رجل ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف رح يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل او المفعول وذكر احدهما متروك مثل ان يقول في توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجل **قوله** واذا قال العبد لرجل اذا وكل العبد رجلا بان يشتري له نفسه من مولاه بالالف درهم ودفعها اليه فلا يخلوا ما ان يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه او لم يعينه فان عينه فبإيعاده للمولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى اما انه حر فلان بيع نفس العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببذل والمأمور سفير عنه حيث اضاف العقد الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه واما ان الولاء للمولى فلانه اذا كان اعتاقا عقب الولاء للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بهما امكان وقد امكن اذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة * فان قيل لانسلم ان العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب سيأتي بخلاف شراء العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف اخرى ثمة للعبد فانه اي الثمن في ذمة المشتري لان الاداء لم يصح قال في النهاية وهذا ظاهر في ما اذا وقع الشراء للمشتري وما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير وفي ما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد الف اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال للمولى فلا يصح بدلا عن ملكه قلت وفي كلام المصنف رح ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببذل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا بلا بدل

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

بلا بدل وهذا بخلاف التوكيل بشراء العبد من غير العبد يعني ان يوكل اجنبي اجنبيا بشري العبد من مولاة حيث لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلتي لوقوع الشراء للموكل لان العقد بين يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المباشرة وفي الحالين اي في حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله يتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان امامنا نحن فيه فان احدهما اعتاق معقب للمولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب المولاء وموجب الجنابة عليه ح و ربما يتضرره والاخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المصنف روح عسى بكاد فاستعمل استعماله * وقوله ولا مطالبة على الوكيل هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعنق ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المازون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير * ووجهه ان توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشراءه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا * ووجه الاول وهو الصحيح ان الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الامر وليس اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل **قوله** ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه هي المسئلة الثانية ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاة فلا يخلوا ما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضافه الى موكله بان قال يعني نفسي لفلان بكذا افعل المولى ذلك فالعقد او العبد للامر لان العبد يصلح وكلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن مالبيته لانها لمولاة حتى لو افر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكله بشراؤها كتوكله لغيره من اموال المولى او كتوكل اجنبي بشراء نفسه الا ان مالبيته يعني هو اجنبي عن مالبيته الا انها بيده

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

حتى لو اراد المولى ان يحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليمها يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل انه ليس بقبض للموكل حتى يثبت للتوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز اجيب بان كون مالية العبد في يده امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام به كان لا يجعل في غيره الا باعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليتها لا تنفك فسلمت اليه ولا حبس بعد التسليم **قوله** فاذا اضافه الى الامر نتيجة الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلًا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من يصلح وكيلًا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الامر صلح فعله امثالًا للعبد اذا اضافه الى الامر صلح فعله امثالًا ليقع العقد له قياسًا على حرتوكل بشيء وفعله * وقوله ففعل فهو لا امر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكر في الجامع الصغير فان اضافة العقد الى الموكل انما تفيد الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما سيأتي فانه اعتاق على مال مقدور والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقًا بقول العبد بعني نفسي فان قلت اذا اضاف العقد الى الموكل فمن المطالب بالثمن اجيب بانه في ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد يكون محجور عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق اجيب بان المحجور زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة تسند مي تصور صحة المباشرة وهو اذن * وان اضاف الى

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة * فان قيل العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جازله ان يشتري لنفسه اجاب بقوله لكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم * وان اطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتنال وغيره فلا يجعل امتثالا بالشك فبقي التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عن باسرة وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا ترد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازة حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن منه قرينة للمجاز وقد وجدت في مانحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضى المولى بذلك واسار اليه بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا الا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ والله اعلم بالصواب

* فصل في البيع *

لما فرغ من بيان احكام الشراء بانواعه ذكر احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقدير الشراء ثم فهو وجه تاخير البيع **قوله** والتوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده اذا وكل شخصا بالبيع او الشراء وبهما لا يجوز له ان يعقد مع من لا تقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقيد بعموم المشيئة عند ابي حنيفة رح بمثل القيمة وقال يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه وعبارة الكتاب تدل على ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة * ولا بد من تقرير الاقوال قبل الدلائل فنقول عقد التوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

في البيع وباقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك وبغض يغير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ما ذكر في الذخيرة جاز عندهما وبمثل القيمة جائز عندهما باتفاق الروايات غير جائز عند أبي حنيفة رح في رواية الوكالة والبيع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز * اذا عُرِفَ هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جائزتهما **قوله** لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلا فلو كان المقتضي موجودا والمنافع منتفلا لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانها اما ان تكون من حيث ايثار العين او المالكية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلان الاملاك متباينة حيث يحل للابن وطى جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطئها ولا يحل له وطى جارية ابيه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المانع واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة يتفيه واذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي وانما لم يحزم من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستريدا مستقصا قابضا مسلما مخصصا مخصصا في العيب وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام متقابله بمحل واحد في حالة واحدة وكذا للمولى حق في اكساب المكاتب حتى لا يصح تبرعانه ولا تزويجه عبده فينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولا يبي حنيفة رح القول بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات لانها شرعت للعانة فكانت موضع امانة وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المانع بينهم متصل فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين فان قبل ما الفرق لا يبي حنيفة رح في تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح ولم يظهر مع ان له قبل ظهوره حكم التوكيل اجيب بان المضارب اعم تصرفا من التوكيل فقد يستند

فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز ان يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذکر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عربي عنها غيره فكانا مما يوهم عدم جوازهما مع هؤلاء فتبين ان الحكم فيهما كهو في ما سواهما كذا **قوله** والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض والوكيل بالبيع يجوز ان يبيع ثمن قليل وكثير وبعرض عند ابي حنيفة ر. ح. قال لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف عرفا فان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بموافقتها والمتعارف البيع بثمن المثل والنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء النخمل بايام البرد والجمد بسكون الميم ما جمد من الماء لشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر بايام الصيف وبالاخصية بايام النحر وقبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الامر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه ولهذا حصل من المريض كان من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناول مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولا يبي حنيفة ر. ح. القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع **قوله** والبيع بالغبن تنزل في الجواب يعني سلمنا ان المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او بالعين اي العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة او غيرها وعند التبرم من العين وعند ذلك لا يبالى بقله الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه او تظهر مكابرتة والمسائل المذكورة مروية عن ابي يوسف ر. ح. على ذلك الوجه واما عند ابي حنيفة ر. ح. فهي على اطلاقها والبيع بالغبن او العين بيع

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحث بالبيع بالغبن او العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض بانه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع الا يرى انه لو حلف لا ياكل لحما فاكل لحما قد احدث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الامر واجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه * فعلم بهذا ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك * واما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه يملكه الاب والوصي اجاب بقوله غير ان الاب والوصي لا يملكانه ومعناه ان كلامنا في الامر المطلق بالبيع وهما ليسا مأمورين سلمنا ذلك لكن ليس امرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظريه ولا نسلم ان المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع فكلما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه * ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوسلا به الى تحصيل ملك غيره له والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوسلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالاين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فيستق ما قيل اذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فبما ذارجح ابو حنيفة رح جانب البيع * وما قيل اذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل به وكيفا بالشراء وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب ان لا يجوز المقايضة الا اذا كان مقابله من العرض مثله في القيمة او باقل منه يسيرا كما روى الحسن عن

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

عن ابي حنيفة رح وذلك لان الموكل اطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك وينرجح جانبه ويجوز له ان يبيع بما عزمه وان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة بحمد المتصدي لتطبيقه ان شاء الله تعالى **قوله** والوكيل بالشراء يجوز عقده الوكيل بالشراء يجوز له ان يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافق او قد وجد خاسرا الحق بغيره على ما مر حتى لو كان وكيله بشراء شيء بعينه قالوا ينبغي على الامر لانتفاء التهمة لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشايخ رحمهم الله فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير ايضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لانه بطابق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال والذي لا يتعابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فيكون مقابله مما يتعابن فيه قال شيخ الاسلام هذا التحديد في ما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدا وب فاما ماله ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينبغي على الموكل وان قلت الزيادة كالخمس مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين اذا دخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم ولا حاجة ههنا للعلم به فلا بد خل وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر وقيل الفاحش ويساعده سوق الكلام في العروض ذه نيم وفي الحيوانات ذه يازده وفي العقارات ذه دوازه فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الامر وان زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقله التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقله وقوع التجارات وكثرته ووقوعه في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يد

(كتاب الوكالة - باب الوكالة بالبيع والشراء - فصل في البيع)

محترمة فجعل أصلاً والد رهم مال يحبس لاجله فقد لا ينسأ مع به في المما كسة
فلم يعتبر في ما كثر وقوعه يسيراً والنصف من النصفة فكان يسيراً وضوعف بعد ذلك
بحسب الوقوع فما كان أقل وقوعاً منه اعتبر ضعفه وما كان أقل من الأقل اعتبر
ضعف ضعفه **قوله** وإذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز وإذا وكله ببيع عبده فباع
نصفه جاز عند أبي حنيفة ر ح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري
على إطلاقه واستوضح بقوله الأيرى انه لو باع الكل بضمن النصف جاز عنده فاذا باع
النصف به أولى وقال لا يجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف
غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع
النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفریق
فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع ظهراً لم يقع وسيلة
فلا يجوز وهذا استحسان عندهما فان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف
بالاتفاق لما ذكر من الدليل آنفاً في التوكيل بالبيع والفرق لا يبيح في ر ح ان التهمة
في الشراء متحققة على ما مر من قوله فلعله اشتراه لنفسه الى آخره وفرق آخر ان الامر
في البيع يصار ف ملكه فصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك ببيع العبد كله ونصفه واما الامر
بالشراء فانه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقيد والاطلاق اي اطلاق الامر وتقيده
فيعتبر فيه العرف والعرف فيه ان يشتري العبد جملة وأنماثل ان يقول هذا التعليل يقتضي
ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وقد قال الامر بالشراء
صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح بحديث
حكيم بن حزام فان النبي عليه السلام وكل بشراء الاضحية وإذا صح فلا بد له من محل
فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملاً بالدلائل بقدر
الامكان ولو عملنا باطلا فانه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو

كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع

ولو بوجه **اولى قوله** ومن امر رجلا ببيع عبده ومن امر رجلا ان يبيع عبده فباعه وقبض الثمن اولم يقبض فردة المشتري على البائع بعيب فاما ان يكون ذلك بقضاء او بغيره فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون بعيب يحدث مثله اولم يكن فان لم يكن فاما ان يكون العيب ظاهرا او القاضي عاين البيع اولم يكن فان كان لا يحتاج الى حجة من بينة او نكول او اقرار لان القاضي يتقن بحدوث العيب في يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهرا فلا يحتاج للرد اليها وان لم يكن فلا بد منها للقضاء بل لانه اذا لم يعاين البيع قد يشبه تاريخه فيحتاج اليها لظهوره وقد لا يكون العيب ظاهرا كالقرن في الفرج والمرض الدق فيحتاج الى النساء والاطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء والطبيب فيحتاج الى الحججة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء نسخ لعدم ولاية القاضي والنسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسسخ على الموكل وان كان بعيب يحدث مثله فان رده ببينة او بآباء يمين فكذلك لان البينة حجة مطلقة اي كاملة فيتعدى والوكيل في النكول مضطر لبعده العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فيلزم الامر وان رده باقرار لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه امكنه السكوت او الانكار حتى يعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسسخ لعدم ولاية القاضي غير ان الحججة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث النسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث التصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما ان يكون بعيب يحدث مثله او لا فان كان الاول وكان رده باقرار لزم الوكيل وليس له ان يخاصم أمرة وعبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد حصل من جهته فكانه باعه اياه لانه بيع جديد في حق

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

ثالث حيث فسح واسترد برضاه من غير قضاء والبايع أي الموكل ثالثهما وإن كان الثاني والرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة في روايته بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لورعا الامر اليه في عيب لا يحدث رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك فكان ذلك ردا على الموكل وفي عامة الروايات انه لا يلزم الامر وليس للما مور ان يخاصمه ما ذكرنا انه بيع جديد في حق ثالث * وقوله الرد متعين ممنوع لان حق المشتري في الجزء الثالث ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذ كر صورة الرد بالبينة والسكرول لعدم تاتيها لدى عدم القضاء **قوله** ومن قال لا خرا مرتك ببيع عبدي بنقد اذا اختلف الامر والمما مور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الامر مرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسئته وقال المما مور بل امرتني ببيعه ولم تنل شيئا فالقول قول الامر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد الامر من جهته أعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاة وليس ذلك بموجود لان عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيله ببيعه ولو قال وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يبدل على خلاف دعواه من الاطلاق ولو اختلف المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البرز وقال المضارب دفعت اليّ المال مضاربة ولم تقل شيئا فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا يرى انه يملك التصرف بذ كر لفظة المضاربة فكانت دلالة الاطلاق فائمه بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقطا للاطلاق بتصادقهما فيه فنزلت الى الوكالة المحضة وفيها القول للامر كما مر انفا ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقد او نسئته الى اي اجل كان منعار فاصد التجار في تلك السلعة او غير

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل)

او غير متعارف فيها كالبيع الى خمسین سنة عند ابي حنيفة ربح وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه من الجانبين تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقبيل والكثير والعرض عنده خلافا لهما ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنافضاع في يده واخذه كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا وقيل التوى فيها هو ان ياخذ الوكيل كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا * وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة للجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهييه وقد استنباه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن اصالة لا نيابة واهذا لا يملك الموكل حجرة عن القبض *

* فصل في وكالة الاثنين *

وجه تاخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعيا ووضعا **قوله** واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما ان يتصرف لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب فليس لاحدهما ان يتصرف في ما وكل به دون الآخر سواء كان ممن يلزمهما الاحكام او احدهما صبي او عبد محجوران كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك اذا قال وكلتكمابيع كذا او بخلع كذا لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احد هما ولو مات احد هما او ذهب عقله ليس للآخر ان يتصرف **قوله** والبذل وان كان مقدرا جواب عما يقال اذا قدر الموكل البذل فقد استغنى عن الرأي بعده فيجوز

(كتاب الوكالة - * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل)

ان ينصرف احدهما ووجه ذلك ان البذل وان كان مقدراً لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل ان يزيد الثمن ويختار من هو احسن اداء للثمن وقوله الا ان يوكلهما بالخصومة استثناء من قوله فليس لاحدهما ان ينصرف في ما وكلا به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده في ما يحتاج فيه الى الرأي الا في الخصومة فان تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر للانقضاء الى الشغب في مجلس القضاء وقوله والرأي يحتاج اليه سابقا اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل رضي برأيهما ووجه ذلك ان المقصود هو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك وقوله او بطلاق زوجته بغير عوض وما بعده معطوف على المستثنى فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق احدهما وابى الآخر ان يطلق فهو جائز وكذا بالعق المفراد وكذا اذا وكله برد الوديعة او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبرة المشتى والواحد فيه سواء ولو كانت قبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مأمور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه واما منفردا فغير مأمور بقبض شيء منه **قوله** وهذا اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايدكما لانه تفويض الى رأيهما الا يرى انه تملك مقتصر على المجلس كما مر واذا كان تملكا صار التطبيق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف في ملك الآخر قبل ينبغي ان يقدر احدهما على نصف تطليقة واجيب بان فيه ابطال حق الآخر فان قيل الابطال ضمني فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع **قوله** ولانه متعلق بقوله طلقاها ان شئتما فان

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل)

فان الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التظليق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قبل نفى قوله طلقاها ايضا معلق بفعلهما ويقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئنا فان قيل فاجعله مثل قوله امرها بايد يكما مفوضا الى رأييهما اجيب بانه ليس بمحتاج الى الرأي بخلاف الامر باليد **قوله** وليس للوكيل ان يوكل في ما وكل به وليس للوكيل ان يوكل في ما وكل به لانه فوض اليه التصرف في ما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رأيا من الاول * وايضا الرضى برأي الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا وقوة في رأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة للقوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم ياذن له بالتوكيل الظاهر من حاله انه ظن ان لائمه من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله ح مناقض لظنه فلا يجوز **قوله** الا ان ياذن استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فانه ان اذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك فقد رضي برأيي غيره او اطلق التفويض الى رأيه وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاعن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينغزل بموته وينغزلان بموت الاول وقدم نظيره في ادب القاضي حيث قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى آخر ما ذكرته فان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضوره جاز لان المقصود حضور الرأي وقد حصل قبل احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لابد من الاجازة صريحا ذكره في الذخيرة

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل)

فما الفرق بينهما وأجيب بان صاحب الذخيرة قال قال محمد ر ح في الجامع الصغير
الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اذارة الوكيل الاول وهكذا ذكره
في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر منها وشرط اذارته قال اذا باع الوكيل
الثاني والوكيل الاول حاضرا وغائب فاجاز الوكيل جاز حكى عن الكرخي انه كان
يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكره مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة
الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المتقيد والى هذا ذهب عامة
المشائخ * وهذا لان وكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن به صار كالعدم وعاد الوكيل الثاني
فضوليا وعقده يحتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل في المسئلتين روايتين ووجه
عدم الجواز بدونها ما ذكره ووجه الجواز ان المقصود حضور الرأي وهو حاصل عند الحضور
فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا احدى وكيلي البيع وفيه نظر اما في ما نقل
من محمد ر ح فانه قال والوكيل الاول حاضرا وغائب فاجاز الوكيل وليس ذلك
نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط
واما في تعليلهم لانه معارض بان المقصود هو الرأي وقد حضر كما ذكرناه وتوجيه كونه
فضوليا في احدى وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لانه مأمور من الموكل في الجملة
بخلاف وكيل الوكيل * ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل
عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين * والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان
ينصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضالا محالة واما احد الوكيلين فليس
كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن
صاحبه هذا ما سنع لي في هذا الموضع والله اعلم **قوله** وقد تكلموا في حقوقي يعني اذا باع
بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد ر ح في الجامع الصغير
وتكلم المشائخ في ذلك * فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة عليه

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل)

عليه لا الثاني * ومنهم من قال على الثاني اذا السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول انغزل الوكيل الثاني بموته ولا ينغزل بموت الموكل الثاني وان عقد الثاني في غيبة الاول لم يجز لغوات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف رحمه الله تعالى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته وانما قال ظاهرا احتراز اعم اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأييهما في الزيادة واختيار المشتري على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري واما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان المتصور من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالات ان يوكل الاهدي في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يباي بها بناية الآخرون في مجرد العبارة **قوله** واذ ازوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته اذا ازوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرة او باع او اشترى لها يعني تصرف في مالها بالبيع او بالشراء لم يجز ذلك وانما احتاج الى التأويل لان قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق اما الرق فلان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالي الا بتوكيل من غيره وليس بموجود واما الكافر فلا ولاية له على المسلم لقوله تعالى وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ

(كتاب الوكالة - باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا وَلِهَذَا لَاتَقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ وَلَا نِ هَذِهِ وَلَا يَةُ نَظَرِيَّةٌ وَهِيَ نَحْتَاجُ
إِلَى قُدْرَةٍ وَشَفَقَةٍ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى النَّظَرِ وَالرَّقْ يَزِيلُ الْقُدْرَةَ وَالْكَفَرِيَّةُ تَقْطَعُ الشَّفَقَةَ عَلَى الْمُسْلِمِ
فَلَا يَفُوزُ بِهِمَا وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى الْمُرْتَدُّ إِذَا قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ
وَالْحَرْبِيِّ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَرْبِيَّ أَبْعَدُ مِنَ الذَّمِّ وَأَنَّ كَانَ مُسْتَأْمِنًا لِأَنَّ الذَّمَّ صَارَ مَنَّا
دَارًا وَأَنَّ لَمْ يَصِرْ مَنَّا دِينَارًا وَقَدْ تَحَقَّقَ مِنْهُ مَا هُوَ خَافَ مِنَ الْإِسْلَامِ دُونَ الْحَرْبِيِّ فَازْأَسْلَبَتْ
وَلَا يَةُ الذَّمِّ فَالْحَرْبِيُّ أَوْلَى وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ فَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ وَأَنَّ كَانَ نَافِذًا عِنْدَهُمَا لَكِنَّهُ مَوْتُوفٍ
عَلَى وَلَدِهِ وَمَالٍ وَلَدَهُ بِالْإِجْمَاعِ أَنَّ اسْمَ جَارِزٍ وَالْأَفْلَاةَ وَلَا يَةُ نَظَرِيَّةٌ وَذَلِكَ أَيْ الْوَلَايَةُ
النَّظَرِيَّةُ بِتَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ وَأَنَّ اسْتِعْمَالَ ذَلِكَ مُشْتَرَكٌ بَاتِّفَاقِ الْمَلَّةِ وَالْمَلَّةِ مَتَرَدَّةٌ لِكُونِهَا
مَعْدُومَةٌ فِي الْحَالِ لَكِنَّهَا مَرَجُ الْوُجُودِ لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ عَلَيْهِ فَيَجِبُ التَّوَقُّفُ فَإِنْ قُتِلَ اسْتَقَرَّتْ
جِهَةٌ لَإِنْقِطَاعِ تَبْطُلُ عَقُودُهُ وَأَنَّ اسْمَ جَمِيلٍ كَانَ لَمْ يَزَلْ كَانَ مُسْلِمًا فَصَحَّتْ وَلَمَّا كَانَ أَبُو يَوْسُفَ
وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَرَكَأَصْلَهُمَا فِي نَفْوِذِ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ خَصَّ قَوْلَهُمَا بِالذِّكْرِ بِقَوْلِهِ
قَالَ أَبُو يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَأَنَّ كَانَتْ الْمَسْئَلَةُ بِالْإِتِفَاقِ *

* بَابُ الْوَكَالَةِ بِالْخُصُومَةِ وَالْقَبْضِ *

أَخْرَجَ الْوَكَالَةَ بِالْخُصُومَةِ مِنَ الْوَكَالَةِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ تَقَعُ بِإِعتِبَارِ مَا يَجِبُ
اسْتِغَاوَةٌ مِمَّنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ وَذَلِكَ فِي الْإِغْلَابِ يَكُونُ بِمِطَابَرَةِ الْمُبِيعِ أَوِ الثَّمَنِ أَوِ الْإِنْفَاقِ
مَجْبُورَةٌ شَرْعًا فَاسْتَحَقَّتْ التَّأْخِيرَ عَمَّا لَيْسَ بِهِ مَجْبُورٌ قَوْلُهُ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ وَكَيْلُ
بِالْقَبْضِ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ وَكَيْلُ بِالْقَبْضِ أَيْ بِقَبْضِ الدِّينِ أَوِ الْعَيْنِ خِلَافَ النَّفْرِ فَرَحِمَهُ اللَّهُ
هُوَ يَقُولُ أَنَّهُ رَضِيَ بِالْخُصُومَةِ وَلَيْسَ الْقَبْضُ بِخُصُومَةٍ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ قَوْلٌ بِسْتِعْمَالِ فِي
إِظْهَارِ الْحَقِّ وَالْقَبْضُ فِعْلٌ حَسِّيٌّ * وَلَنَا أَنَّ الْوَكِيلَ مَا دَامَ وَكَيْلًا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِيَامُ بِمَا أَمَرَهُ
وَقَدْ أَمَرَ بِالْخُصُومَةِ وَالْخُصُومَةُ لَا تَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ لِتَوْهَمِ الْإِنْكَارِ بَعْدَ ذَلِكَ وَتَعَذُّرِ الْإِثْبَاتِ
بِعَارِضٍ مِنْ مَوْتِ الْقَاضِي أَوْ غَيْرِهِ وَالْمُطْلَقُ وَالْأَفْلَاسُ وَمَا لَا يَتِمُّ الْوَاجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ

واجب ومشاخ بلخ افنوا بقول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء ولان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة امانا فهو ظاهر وما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افنى الصدر الشهيد رح وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ونظير هذا لو كيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في اصل معناه وضعا يقال تقاضيته ديني او بديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقني اي اخذته الا ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة رحمه الله والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الامع لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتمعا على القبض ممكن بخلاف الخصومة فان اجتمعا عليها غير ممكن لما مر انه يفضي الى الشغب في مجلس القضاء وهو مذنب لمهاينة **قوله** والوكيل بقبض الدين يكون وكيل بالخصومة والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة رح فاذا اقتضى القبض واقام الخصم بينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقال لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيل بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضى بالقبض رضا بها ولا يبي حنيفة رح انه وكله بالملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالملك كان توكيلا بالاستقراض

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

اذا الوكيل يقبض مثل مال الموكل لأمين ماله ثم يتقاصان والوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا اقام الموهور له البينة على اخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يطلب بحقوق العقد وبالقسمة بان وكل احد الشريكين وكبلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع فانه اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون هنالك كذلك واما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل مباشرة **قوله** وهذا اشارة الى ما اشرنا اليه مما يتم به دليل ابي حنيفة رحمه الله ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق **قوله** والوكيل بقبض العين لا يكون وكبلا بالخصومة والوكيل بقبض العين لا يكون وكبلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مبادلة هناك لكونه يقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبده فاقام من يده العبد بينه ان الموكل باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذي اليد في القياس لانها قامت لاعلى خصم وفي الاستحسان ونف الامر حتى يحضر الامر لانه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في تصريده فيقبض تصريده حتى لو حضر الغائب تعاد البينة فصا ركما اذا اقامها على انه عزله عن ذلك فانها تقبل في تصريده كذا هذا وكذلك اذا اراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما فاقامت المرأة البينة على ان زوجها طلقها والامة والعبد على العتاق او من هما بيده على الارتهان من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لاعلى الخصم وفي الاستحسان تقبل في قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق

بالطلاق والعق والرهن لانها تتضمن الطلاق والعق والرهن ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في احدهما وهما اثبات العقق على المولى ولكنه خصم في تصريده وليس من ضرورة تصريده القضاء بالعق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره **قوله** واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فاقربا سبيغا الحق او المدعى عليه فاقرب ثبوتة عليه فان كان ذلك عند القاضي جازوا الا فلا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا انه اذا اقر عند غير القاضي يخرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال * ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف رح جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي رحمهما الله وهو قول ابي يوسف رح اولا لا يجوز في الوجهين جميعا * والقياس اما شمول الجواز كما هو مذاهب ابي يوسف رح واما شمول عدم كما هو مذاهبهم * والفصل بين مجلس القضاء وغيرها استحسان * وجه القياس ان الوكيل بالخصومة مأمور بالمازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسألة الامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء ويصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار لو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناءه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن ولا يسلم المبيع * وفيه نظر لانه لو لم يتناول له لما صح الاستثناء **قوله** وكذا لو وكله بالجواب مطلقا ينقيد بجواب هو خصومة قال في النهاية هي مسألة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو ايضا على هذا الخلاف كذا في المختلفات البرهانية وجه الاستحسان ان هذا التوكيل صحيح قطعاً من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعاً لان التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وان اختلف في نهك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فنذكر ما تقدم فيه * وذلك اي ما يملكه

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

الموكل مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى المطلق مجازا على ما سياتي تحري بالصحة قطعا **قوله** ولو استثنى الاقرار جواب عن مستشهد زفر رح وجهه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول ابي يوسف رح لانه لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل له ذلك كما مر آنفا ولئن سلمنا صحته كما قال محمد رح لكنه انما صح لتنصيبه على الاستثناء وللتنصيب زيادة دلالة على ملكه اياه وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم يقيم ان خصمه مبطل حملا لا مر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد رح انه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبورا عليه قال في النهاية ابي على الاقرار لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا وكيله الا ان الوكيل عند توجه اليمين يحل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا تقيد استثناء الاقرار فائدة ولقائل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا عليه في الجدلته فام يكن استثناء مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناء مفيدا ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن اشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان يجوز الاستعارة * والاولى ان

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا او بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة اخرى خلاف ما وضع الجواب وكذلك الابرء فلا يتناول اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجاز **قوله** فبعد ذلك شروع في بيان ماخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار التوكيل بالخصومة على موكله يقول ابو يوسف ر ح في التسوية بين مجلس القاضي وغيره ان التوكيل قائم مقام الموكل واقارعه لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا لما مر انه انصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجازا عام يتناول بعموم الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاثار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار خصومة مجازا في غيره فلا يتناول الجواب الموكل به اما انه خصومة مجازا فلانه خرج في مقابلة الخصومة فكان مجوزة التضاد وهو مجاز لغوي لما قررنا في التقرير انه لا يصلح مجوزا شرعا اولان الخصومة سبب الاقرار فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف * واما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به ولو دل ان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان او في تادية المقصود **قوله** لكن استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير مجلس القاضي ليس بجواب كان الجواب ان لا يكون معنبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه اذا ثبت انه اثر عند غير القاضي يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار منافضا وصار كالاب الوصي اذا اقر في مجلس القاضي فانهما اذا ادعيا شيئا للصغير فانكر المدعي عليه

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالخصومة والقبض*)

وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعى المال فافترارهما لا يصح ولا بدفع المال اليهما لانهما خرجا
من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه
فكذلك ههنا **قوله** ومن كفل بمال عن رجل ومن كفل بمال عن رجل فوكله
صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك ابداً أي لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها
اما بعد البراءة فلانها لما لم يصح حال التوكيل لما يذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل للغائب
فاجازها بعد ما بلغت فانه لا يجوز لانها لم يصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة
واما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملاً
لنفسه في ابراء ذمته كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه فانه لا يصير
وكيلاً لما قلنا ونقض بتوكيل المديون ببراءة نفسه عما عليه من الدين فانه صحيح وان كان عاملاً
في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير واجيب بالمنع مستنداً الى ما ذكره شيخ الاسلام
ان المديون لا يصلح وكيلاً عن الطالب ببراءة نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع سلمناه
لكن الابراء تملك بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض واعتراض بان العدل
لنفسه ضمنى لكون الموكل اصيلاً في اثبات الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر واجيب
بانا لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قيل فليسسخها الوكالة
لطريقتها عليها كما لو تأخرت الكفالة عنها فانها تنسخها قال المحبوبي في الجامع الصغير
الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة فالجواب
ان النسخ يجب ان يكون اقوى من المنسوخ او مثله فالوكالة دون الكفالة لان الكفالة
عقد لازم لا يمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز ان تكون الوكالة ناسخة للكفالة
وان جاز عكسه **قوله** ولان قبول قوله دليل آخر وتقديره ان الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه اميناً
ولو صححنا الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبرئاً نفسه وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء
الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة في

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

في مانحن فيه بطلانها في عبد ماذون مديون اعتقه مولا حتى ضمن للغرماء قيمته ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بينا ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمته كان في مقداره عاملا لنفسه لانه يبرأ به نفسه فيكون باطلا **قوله** ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه ومن ادعى انه وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان الديون تنقضى بامثالها فما اداة المديون مثل مال رب المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه بشيء امر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب وصدقه فيها والا دفع الغريم اليه الدين ثانيا لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لان القول في ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذ لم يثبت الاستيفاء فيفسد الاداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براء ذمته ولم يحصل فلان ينتقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف ان الوكيل محقق في القبض والمحقق في القبض لا رجوع عليه ولا بتصديقه اعترف انه مظلوم في هذا الاخذ يعني الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فان قبل هذا الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذ لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا هلك فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه بما قبضه **قوله** الا ان يكون استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا اذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد بان قال له اضمن لي ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب مني ماله ارجع عليك بما دفعت اليك او ضمن الوكيل للمديون وقال انا ضامن لك ان اخذ الطالب

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالخصومة والقبض*)

منك ثانيا ارد عليك ما قبضته منك على رواية التخفيف فانه يرجع على الوكيل ح لان الماخوذ ثانيا مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمديون لانه غاصب في حقهما في ما يقبضه ثانيا فكانه قال انا ضامن لك ما يقبضه منك فلان وهو ضامن صحيح لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب له عليه اي يذوب في كون كل واحد منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا لان فرع التكذيب سبأتي عقيب هذا ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاءه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا اي جواز الرجوع في صورة التكذيب اظهر منه في الصورتين الاولىين وهو التصديق مع التضمن والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب وقوله ما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لادليل الاظهرية وفي الوجوه كلها اي الاربعة المذكورة دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمن ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا وهو في حالة التصديق او محتملا وهو في حالة التكذيب وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهرا لعدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستورا الحال فصار كما اذا دفعه الى فصولي على رجاء الاجازة فانه لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر تصرفا لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر المصنف رج ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يستحلف او لا قال الخصاص لا يحلف على قول ابي حنيفة رج

رح ويحلف على قولهما لانه ادعى عليه ما الواقع به لزمه فاذا انكره يحلف لكن على العلم لانه على فعل الغير * وله ان الاستحلاف يمتني على دعوى صحيحة وما لم يثبت نيابته عن الامر لم يصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا اقر بالوكالة وانكره الدين والحكم على عكس ذلك يستحلف عنده خلا فالحما بناء على ان الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد ثبت الوكالة في حقه باقراره ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يومر بالدفع اليه لانه اقرار بمال الغير بحق القبض فانه اقرار ببقاء الوديعة على ملك المودع والقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف الدين على ما مر ان الديون تقضى بامثالها فكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض فان دفعها اليه فحضر الغائب وانكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع الرجوع اولا فهو على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه بمصدق لا يرجع وان صدقه وضمنه او سكت او كذبه فدفعها اليه يرجع ان لم تكن العين في يده باقية وان كانت باقية اخذها لانه ملكها بالضمان واما الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز لما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى اي لان مال الوديعة لا يبقى مال المودع بعد موته وروى صاحب النهاية عن خط شيخه رح نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما في كلمته فاه الى في اي مشافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوب اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين وارى انه ضعيف لان الحال مقيد للعامل وكلمته يجوز ان يكون مقيدا بالمشافهة اي كلمته في حال المشافهة واما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا منسوب اليه فليس له معني ظاهر والظاهر في اعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى اي لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث فقد اتفق على انه مال الوارث فلا بد من الدفع اليه ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يومر بالدفع اليه لان المودع مادام حيا كان

(كتاب الوكالة -- * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

اقرار المودع اقرار ايمالك الغير لكونه من اهل الملك فلا يصدق ان في دعوى البيع عليه واقابل
ان يقول قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث وكان ذكرهما تكراراً ويمكن ان يجاب
عنه بان ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدر ههنا بقوله ولو ادعى
وهناك بقوله ومن اقر * ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة
والقبض بعيد المناسبة **قوله** فان وكل وكيل لا يقبض دينه ذكر في الجامع الصغير محمد بن
يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيله بذلك المال
واقام الوكيل البيعة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال
ثم اتبع رب الدين فاستحلفه قال المصنف رح لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبيعة لان وضع
المسئلة كذلك والاستيلاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق الى تحليف رب الدين
ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية كجانبه فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع
القابض فيسترد ما قبض ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان
وقال زفر راجح احلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجتان الوكيل
لو اقر بذلك بطلت وكالاته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقه على
الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف
الوارث يحلف ان لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين
بالا صالة **قوله** وان وكله بعيب في جارية اذ اوكل برذ جارية بعيب فادعى البائع رضى
المشتري بالعيب لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف ما مر من مسئلة الدين
لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه المشتري اذا ظهر الخطاء عند نكول الموكل
واما ههنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضاء والقضاء بالنسخ ماض على الصحة
عند ابي حنيفة رح لان القضاء في العقود والنسخ ينفذ اهرابا طناً وان ظهر الخطاء بالنكول
وعلى هذا لا يحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لما قضى النسخ ولا يرد بالنكول لم يبق

لم يبق في الاستحلاف فائدة واعترض بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر
المشتري وادعى الرضى بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لاسبيل لك عليها
لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ما ضاع على الصحة
لم ترد الجارية على المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد رح فاما على قول
ابي حنيفة رح فلا سبيل الا مر على الجارية * سلمنا ان هذا قول الكل لكن النقض ههنا
لم يوجب دليل وانما كان للجهل بالدليل المستطرد وهورضى الامر بالعيب ثم ظهر
الدليل بخلافه بتصادقهما في الآخرة على وجود الرضا من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء
باطنا كما لو قضى باجتهاده في حادثة و ثمه نص بخلافه وقالوا هذا اصح فاما عند ههنا فقد
قالوا يجب ان يتحدد الجواب على هذا اي على هذا الاصل المذكور في الفصلين
فصل الجارية والدين في دفع الدين كما تقدم وترد الجارية ولا يؤخر الى تحليف المشتري
لان عدم التأخير الى تحليف رب الدين انما كان ليكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطاء
وذلك موجود في صورة الجارية لان قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهر الا باطنا
فان ظهر خطأ القاضي عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر
الى التحليف قيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر للبائع
حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينظر للنظر له اذا كان غائبا
قوله ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها ومن دفع الى آخر عشرة دراهم لينفقها
على اهله فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة الذي انفق من ماله بمقابلة العشرة الذي
اخذه من الموكل لا يكون متبرعا في ما انفق * قيل هذا استحسان ووجهه ان الوكيل بالاتفاق
وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن
وقد قررناه يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن
من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا

(كتاب الوكالة — *باب عزل الوكيل*)

اي مانحن فيه من التوكيل بالاتفاق كذلك لان التوكيل بشراء ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يؤدي ثمنه من مال نفسه وكان في التوكيل بذلك تجويز للاستبدال وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا في ما اتفق ويرد الدراهم الماخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الاتفاق بطلت الوكالة فاذا اتفق من مال نفسه فقد اتفق بغير امره فيكون متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين وهو ان يدفع المديون الى رجل الغاوي وكل بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا اراد المأمور ان يحبس الالف التي دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الامر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا فلما الاتفاق فيتضمن الشراء لانه امر بالاتفاق وهو امر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم يثبت له حق الرجوع على الامر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا

* باب عزل الوكيل *

وجه تاخير باب العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور او لا * وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة او لا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف رح وان علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل يثبت له حق احضاره في مجلس الحاكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق

(كتاب الوكالة — * باب عزل الوكيل *)

الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف رح لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا بطل كما ذكرناه **قوله** وصار ابي صار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان يطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن بان وضع الرهن على يد عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطاً على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار حتماً للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضي به او لا ولو كانا متساويين لما وقعت بينهما هذه التفرقة اجيب بان مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فاذا بطل الحق بطل العزل وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرة ما تقدم فكان جائزاً وما في مسألة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع اصلاً اذا لا يمكن ان يطلب الراهن بالبيع **قوله** فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته فاذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في عزله اضراراً به من وجهين * احدهما من حيث ابطال ولايته لان الوكيل يتصرف على ادعاء ان له ولاية ذلك وفي العزل من غير علمه تكذيب لدفع ما ادعاه ابطالاً ولايته وضرر بالتكذيب ظاهراً لمحالته * والثاني من حيث رجوع الحقوق اليه فانه يتقدم مال الموكل ان كان وكيله بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيله بالبيع فاذا كان معزولاً كان التصرف واقعاً له بعد العزل فيضمنه فيتضرره والوكيل بالكساح وغيره سيئان للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر في فصل القضاء بالمواريث في كتاب ادب القاضي فلا يحتاج الى الاعادة **قوله** وتبطل الوكالة بموت الموكل تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الوكيل من غير توقف على رضا احد منهما مالا يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب

(كتاب الوكالة — * باب عزل الوكيل *)

ففي الاول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينقرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كما انه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد فلا بد في ذلك من قيام الامر فكذا في ما هو بمنزلة وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كما لم تعتد منهم ابتداء ونقض بالبيع بالخيار فانه غير لازم ويتقرر بالموت واجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا يبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفي ما اذا جعل امرا مرأته يدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغيبة فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف رح عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم وشرط الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رح وروى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة رح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد رحمه الله وقال محمد رح آخر احوال كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقد ربه احتياطا وقال المشائخ رحمهم الله الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالنه الا ان يموت او يقتل على رده او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق وقد مر في السبراي كون تصرف المرتد موقفا

(كتاب الوكالة — * باب عزل الوكيل *)

موقوفاً أو نافذاً في باب أحكام المرتدين وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت أو تلحق به الحرب لأن ردّها لا تؤثر في عقودها لأنها لا تقبل ما خلا التوكيل بالتزويج فإن ردّها تخرج الوكيل أي بالتزويج من الوكالة لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم يردّها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلاً منها لو كيّلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلًا إلا بالتجديد **قوله** وإذا وكل المكاتب ثم عجزا والعبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع أو الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل أو لم يعلم * وإذا وكل أحد الشريكين ثالثاً بشيء مما لم يله بنفسه فافتراق ذلك لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالعجز والسحب والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لأنه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كأوكيل بالبيع إذا باعه الموكل وأما إذا وكل المكاتب أو المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فإنها لا تبطل بالعجز والسحب لأن العبد مطالب بإيفاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لأن وجوبه كان بعقده فإذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد السحب بعد انعقاد العقد بمباشرة وكذا إذا وكل أحد المتنازعين وكيلًا بشيء هو وليه ثم افتراقا قسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما لأن توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلًا من جهتهما جميعاً فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط وقائل أن يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفرق والجواب أن أحد المتنازعين إذا وكل في ما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرة وجهة كونه شريكاً فإن بطلت جهة كونه شريكاً بفسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهي مستندة إلى حال المفاوضة وتوكيل أحدهما فيهما كتوكيلهما فيبقى في حقهما وإذا وكل في ما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكاً لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعاً وإذا وكل أحد شريكي العنان وكيلًا لبيع شيء من شركتهما جاز عليه

(كتاب الوكالة — *باب عزل الوكيل*)

وعلى صاحبه استحسانا لان كلا منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد حصوله باثنين وكلام المصنف رح ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا كما ترى وفيه ما فيه * وقد اؤل بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترا بطلت الشركة المتضمنة لها فبطل ما كانت في ضمنه هذا على تدبير صحته يختص بمسئلة الشركة لا غير * على انه مخالف لعبارة الكتاب **قوله** واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه والا مر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان لدوامه حكم الابتداء وان الحق بدار الحرب عرته الم يجزله ان يتصرف في ما وكل به الا ان يعود مسلما قال المصنف رح هذا عند محمد رح واما عند ابي يوسف رح فلا تعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد رح ان التوكيل اطلاق لانه رفع المانع وعنه ان الوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شيء لموكله فاذا وكله رفع المانع واما ان يحدث فيه اعلية ولاية فليس كذلك فانه يتصرف بمعانة فائنة به وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة له والاطلاق باق من جهة المبرر بعد عروض هذا العارض واما عجز الوكيل عن التصرف بعرض المحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عادوكيلا وهذا ينزع الى تخصيص العلة ومخلصه معروف ولا بي يوسف رح انه ثابت ولاية التنفيذ ومعناه ان التوكيل تمليك ولاية التنفيذ فان الوكيل يملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك اي تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك بالحق لانه الحق به بالاموات فصارت كسائر املاكه واذا بطل الملك بطل

بطلت الولاية واذا بطل الولاية بطل التوكيل لئلا يتخلف العلة عن المعلول واذا بطلت
 فلا تعود كملكه في المدبر وام الولد وشار بقوله للحق بالاموات الى ان فرض المسئلة في ما اذا
 قضى القاضي بحاقه واما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عند هم جميعا *
 بقي الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه
 وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل
 التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله
 وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل
 مسلما بعد القضاء بلحاظه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد ر ح
 انها تعود كما قال في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه
 وقد تعلقت الوكالة بتقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه
 الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته والفرق له
 على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال برده والقضاء بلحاظه
 وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم ينزل بالحقاق وابد يوسف ر ح سوى في عدم
 العود بين العاصلين ولعل ايراد هذه المسئلة عند عروض العوارض المذكورة للموكل
 كان انسب لكن لما ذكر العود ههنا جرد ذكرها في هذا الموضع **قوله** ومن وكل آخر بشيء
 ثم تصرف فيه بنفسه في ما وكل به ومن وكل آخر بشيء من الاثباتات او الاسقاطات
 ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده او بكتابتة فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه
 بطلت كذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو ابانها لم يكن للوكيل
 ان يزوجهامنه لان قضاء الحاجة بخلاف ما لو تزوجه الوكيل فابانها فان له ان يزوجهامنه
 لو كوله لبقاء الحاجة وكذا لو وكل بشيء بعينه فاشتراه بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه
 المأمور لا أمر له يجوز وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلثا او واحدة وانقضت

(كتاب الدعوى)

عدتها بطلت ولم يكن للمأمور ان يطلقها وانما قيد بقوله ثلثا او واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او ثنتين بائنة كانت او رجعية فان له ان يطلقها مادامت في العدة والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك وكذا اذا وكل بالخلع فخلعها **قوله** لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة متعلق بجميع ما ذكر ومبناه لنقض الحجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت فلورده عليه بعيب بالنقض فعن ابي يوسف رحمه الله ليس للوكيل ان يبيعه لان يبيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لانه لا عقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء وقال محمد رحمه الله ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق وهو باق والامتناع كان بعجز الوكيل وقد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فهو ببذنه بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم بالصواب *

* كتاب الدعوى *

لما كانت الوكالة بالخصوص لا لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة * وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعى به اما ان يكون راجعا الى النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعى به وكونه ملزما على الخصم * فان ادعى على غائب لم يسمع وكذا اذا كان المدعى به مجهولا لعدم امكان القضاء * وان ادعى انه وكيل هذا الحاضر وهو منكرك ذلك لا يمكن عزله في

في الحال وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على الخصم بالنفي والاثبات * وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها * وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة قوله المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعي عليه من يجبر على الخصومة اي الدعوى لا تنصل الا من مدع على مدعي عليه فمعرفة الفرق بينهما من اهم ما تنبني عليه مسائل الدعوى فان النبي عليه الصلوة والسلام قال البينة على المدعي واليمين على من انكر فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشائخ فيه فمنها ما قال في الكتاب يعني القدر وي المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعي عليه من يجبر على الخصومة وهو مدعي المدعي من لا يستحق الاستحجة يعني البينة والاقرار كالتحارج والمدعي عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذني اليد وهوليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد المودعة ولعله غير صحيح لان المدعي عليه من يدفع استحقاق غيره وقيل المدعي من يتمسك بغير انظار والمدعي عليه من يتمسك بالظاهر وبمعناه قول من قال المدعي كل من ادعى باطلا لينزل به ظاهرا والمدعي عليه من ادعى ظاهرا وقرا الشيء على هيئته والظاهر كون الاملاك في يد الملاك وبراءة الذمم فالمدعي هو من يريد ازالة الظاهر والمدعي عليه من يريد قراره على ما كان عليه * ولعله منقوض بالمودع فانه مدعي عليه وليس يتمسك بالظاهر اذ رد المودعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب الدين لان المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد بالعكس بانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان وقال محمد ربح في الاصل المدعي عليه هو المنكرو وهذا صحيح لما ورد من قوله عليه الصلوة والسلام اليمين على من انكر وروي اليمين على المدعي عليه لكن الشأن في معرفة من انكر والترجيح بالفقه عند الاحتراق من اصحابنا

(كتاب الدعوى)

يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحد لهما على الاخرى يكون بالفقه
اي يكون باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الودعة فهو يدعي
الرد صورة فلواقام على ذلك بينت قبلت والقول قوله مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه
فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول
قول المنكر مع يمينه **قوله** ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه و قدرة
وقد ذكرنا ان معلومية المدعى به شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه من بيان
جنسه كالدرهم والدنانير والخطئة وغير ذلك و قدرة مثل كذا كذا درهما او دينار
او كرا لان فائدة الدعوى الالتزام باقامة الحجة والالتزام في المجهول غير متحقق
فان كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحكم للاشارة اليها
في الدعوى والشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرطا نفيا للجهالة وذلك
في المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه
بخلاف ذكر الاوصاف فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا حضر شخص عند حاكم
وقال لي على فلان كذا درهما مثلا اشخص اليه لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم
فعلوا كذلك فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم وعلى هذا القضاة من اولهم
الى آخرهم اي اجمعوا والاصل فيه قوله تعالى **وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ**
إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مَعْرُضُونَ الى قوله **بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** سماهم ظالمين لاعراضهم
عند الطلب فاذا حضر وجب عليه الجواب بالاقرار والانكار ليفيد حضوره ولزم عليه
احضار المدعى به لما تلا من الاشارة اليها ولزم عليه اليمين اذا انكره وعجز المدعى
عن اقامة البينة وسنذكره اي وجوب اليمين عليه في آخر هذا الباب **قوله** وان لم تكن
حاضرة لزمه ذكر قيمتها يعني اذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعى
ذكر قيمتها ليصير المدعى به معلوما وذكر الوصف ليس بكاف لان العين لا تعرف بالوصف وان

وأن بولغ فيه لا مكان المشاركة فيه كما مر فذكره في تعريفها غير مفيد والقيمة شيء تعرف به العين فذكرها يكون مفيد أو قوله وقد تعدد شهادة العين جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف يعني والحال ان الشهادة تعددت واغلاق تركيد لا يخفى وقال النقيبه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة بناء على ان القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده فانه صحح الصلح عن المغصوب على اكثر من قيمته فلو لم تكن عين المستهلك ملكا له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة والصلح على اكثر من جنس الدين لا يجوز وان كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي فلا بد من ذكر الانوثة والذكورة * ومن المشائخ رحم من ابى ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر الذكورة والانوثة **قوله** فاذا ادعى عقارا حددته اذا كان المدعى به عقارا فلا بد من ثلثة اشياء تحديده وذكر المدعى انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به اما الاول فلا علام باقصى ما يمكن فيه وذلك انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حدوده لانه لما تعدد التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك للتعريف ولا بد من ذكر اسماء اصحاب الحدود وادانسا بهم الا اذا كان معروفا مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى رحمهما الله فانه يستغنى عن ذكرها ولا بد من ذكر الحد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رحمه على ما عرف هو الصحيح فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لفرريح لوجود الاكثر ومن هذا يعلم ان ذكر الاثنين لا يكفي بخلاف ما اذا غلط في الحد الرابع وانت في الكتاب باعتبار الجهة لانه يختلف به اي بالغلط في الحد المدعى به ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وترك ذكر الثمن جاز ولو غلط في الثمن لا يجوز شهادتهم لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الجواب يطل قياس زفرريح

(كتاب الدعوى)

الترك على الغلط وكما يشترط التحديد في الدعوى بشرط في الشهادة وأما الثاني فلا بد منه
لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان المدعى في يده وفي العقار لا يكفي بذكر المدعى وتصديق
المدعى عليه أنه في يده بل لا يثبت اليد فيه إلا بالبينة بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده
حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم يقبل وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد
من ذلك أو يعلم القاضي أنه في يده نفيًا للهمة الموضوعة لأن العقار قد يكون في يد غيرهما
وهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعى بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم
القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف
في مال الغير وذلك يفضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المقول
فإن اليد فيه مشاهدة وأما الثالث فلأن المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه وفي عبارته تسامح
لأنه يرئى إلى تدبير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة
مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ولأنه يحتمل أن يكون
مرهونًا في يده أو محبوسًا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذه الاحتمالات وعن هذا أي
بسبب هذا الاحتمال قال المشائخ رحمهم الله في المقول يجب أن يقول وهو في يده
بغير حق لأن العين في يدي اليد في هاتين الصورتين بحق وأن كان المدعى به حقا
في الدمة ذكر المدعى أنه يطالب به لما تلتنا يعني قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا
لأن صاحب الدمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف بأن قال
ذهبًا أو فضة فإن كان مضرًا أو يقول كذا كذا دينارًا أو درهمًا جيدًا أو رديئًا أو وسطًا إذا
كان في البلد نقود مختلفة أما إذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة إلى ذلك وفي الجملة
لا بد في كل جنس الأعلام بأقصى ما يمكن به التعريف **قوله** وإذا صحت الدعوى
إذا صحت الدعوى بشرطها سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم
فإنه على وجهين إما أن يكون أمرًا بالخروج عما لزمه بالحجة أو بصير ما هو بعرضة أن

ان يصير حجة حجة وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان كان الاول فالحكم فيه ان يأمره بان يخرج مما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية الانسان على نفسه فكان الحكم من القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع * وان كان الثاني فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضة ان يصير حجة اذا قضى القاضي بها حجة في حق العمل مستظا احتمال الكذب فيها فان لا بد من السؤال لينكشف له احد الوجهين فاذا سأل فان اعترف به يأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل عليه السلام ورتب اليمين على فقد البينة فان احضرها قضى بها عليه لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استخلفه عليها لاروينها يريد به قوله عليه السلام لك يمينه ولا بد من طلب الاستخلاف لان اليمين حقة الا يرى كيف اضيف اليه بحرف اللام في قوله لك يمينه * قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعي لانه يزعم ان خصمه اتوى حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استخلافه حتى اذا كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتواء بمقابلة اتواء وهو مشروع كالتقصاص وان كان الامر بخلاف ما زعم فالمدعي عليه ينال الثواب بذكر اسم الله صادقا * ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي لما ادعاه لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالتزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قد منا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعي عليه اذا اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فمن الجائز اقامتها بعدها وفي ذلك افتضا حه باليمين الكاذبة وفيه نظر *

* باب اليمين *

لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين
يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين **قوله** واذا قال المدعي
لي بينة حاضرة اذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصرو طلب يمين خصمه لم يستحلف
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف
وهو قوله عليه السلام لك يمينه فاذا طالبه به يجيبه ولا يبي حنيفة رح ان ثبوت الحق
في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله عليه السلام للمدعي الك بينة فقال
لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه
كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد رح مع ابي يوسف رح في ما
ذكره الخصاص ومع ابي حنيفة رح في ما ذكره الطحاوي ولا يرد اليمين على المدعي
لانه عليه السلام قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على من انكر
والقسمة تنافي الشراكة لانها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه **قوله** وجعل جنس
الايمان على المنكرين في قوله عليه السلام واليمين على من انكر وليس وراء الجنس
شيء استدلال آخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي رح وسأتي **قوله** ولا تقبل بينة صاحب
اليدين في الملك المطلق لانه مدعي عليه وليس عليه البينة لما روينا * وقد بالملك المطلق احترازا
من المقيد بدعوى التنازع وعن المقيد بما اذا ادعى تلقى الملك من واحد واحد فابض
وبما اذا ادعى الشراء من اثنين وتاريخ احدهما سبق فان في هذه الصورة تقبل بينة
ذی اليد بالاجماع فان قبل اما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذی اليد وهو مدعي عليه
قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعاه من الزيادة والتنازع والقبض وسبق التاريخ فهو
من تلك الجهة مدعي والبينة للمدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه
اذ ذاك مدعي عليه قلت لا لان اليمين انما يجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا

وهنا لم يعجزوا ذاتا عارضت بينة الخارج وذى اليد فى الملك المطلق فبينه الخارج اولى لعدم
ريادة تصير بها ذواليد مدعى وقال الشافعى رح يقضى بينة ذى اليد لانها اعتضدت باليد
والمعتضد اقوى فصار كما اذا اقامها على نتاج دابة وهي فى يد احدهما واما ماها على
نكاح ولا حد هما يد فانه يقضى لذى اليد وصار كدعوى الملك مع الاعناق بان يكون عبد
فى يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذواليد البينة انه اعتقه وهو يملكه
فبينه ذواليد اولى من بينه الخارج على العتق وكذلك فى دعوى الاستيلاد والتدبير
قلنا ان بينه الخارج اكثر اثباتا يعنى فى علم القاضى واظهارا يعنى فى الواقع فان بينته
تظهر ما كان ثابتا فى الواقع لان قدر ما اثبتته اليد لا يثبت بينه ذى اليد لان اليد دليل مطلق
الملك فبينته لا يثبت لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينه الخارج فانها تثبت الملك او تظهره
وما هو اكثر اثباتا فى البينات فهو اولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه فان قيل بينه الخارج
تزيل ما ثبت باليد من الملك فبينه ذى اليد تغيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب
بانه ليست بموجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها
كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينته
مثبتة بل مؤكدة ملك ثابت والتأسيس اولى من التاكيد بخلاف النتاج والنكاح لان اليد
لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات
فترجح احداهما باليد فان قيل كان الواجب ان يكون بينه الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا
لانها تثبت اليد والنتاج وبينه ذى اليد تثبت النتاج لا غيرا جيب بان بينه النتاج لا توجب
الاولية للملك وهما تساويان فى ذلك وترجح ذواليد باليد فيقضى له **قوله** وكذا على الاعتناق واختيه
اي اليد لا تدل على الاعناق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينه الخارج وذى اليد
ثم ترجح بينه ذى اليد **قوله** وعلى الولاء الثابت بها اي بالاعناق والاستيلاد والتدبير
معناه ان البينتين فى الاعناق واختيه تدلان على الولاء اذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما

وهما قد استويا في ذلك وترجع صاحب اليد بحكم يده **قوله** وإذا نكل المدعى عليه
 عن اليمين وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول والزمه ما ادعاه
 عليه وقال الشافعي رح لا يقضي به عليه بل يرد اليمين على المدعى فان حلف قضى به
 وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة
 والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك فلا ينتصب حجة بخلاف يمين
 المدعى لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول
 بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة رح او مقران كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لو لا ذلك
 لا قدم على اليمين الصادقة اقامة للواجب لانها واجبة عليه بقوله عليه السلام واليمين
 على من انكر وكلمة على للوجوب ودفع للضرر عن نفسه فترجع هذا الجانب اى جانب
 كونه باذلا ان ترفع او مقران ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفرض
 الى الضرر بالغير واعترض بان الالتزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان
 الله تعالى قال **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ**
 فالقضاء بالنكول مخالفة وقال عليه السلام البيعة على المدعى واليمين على من انكر ولم يذكر
 النكول واليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهدا له فبنكوله صار الظاهر
 شاهدا للمدعى فيعود اليمين الى جانب المدعى ولهذا بدأ في اللعان بالايمان من جانب
 الزوج لشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا وان كان مدعيا واجيب بان الكتاب
 والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول لان تخصيص الشيء بالذکر لا يدل
 على نفي الحكم عما عداه والاجماع يدل على جواز فانه روي اجماع الصحابة رضي الله عنهم
 على ذلك وماروي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه
 فقد روي عنه خلاف ذلك روي عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعى فقال له
 ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال له علي رضي الله عنه

عنه قالون وهو بلغه اهل الروم اصبحت واذا ثبت الاجماع بطل القياس على ان اللعان عندنا
 شهادات مؤكدة بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين
 فيها غير مقصود فلا يجوز ان يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضى الاستمهال
 من القاضي لينكشف الحال لارد اليمين فان رد اليمين لا وجه له لما قدمنا في قوله ولا يرد
 اليمين على المدعي **قوله** وينبغي للقاضي ان يقول له وينبغي للقاضي ان يقول
 للمدعي عليه اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما
 ادعاه وهذا الانذار اعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز ان
 يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول وهذا اولي من قوله لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي رح
 خلافا فيه لما مر غير مرة * ثم العرض ثلث مرات اولي ليس بشرط لجواز القضاء بالنكول
 بل المذهب فيه انه لو قضى به بعد العرض مرة جاز ما قدمنا ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار
 بشرط في شيء منهما والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاغدار فصار
 كامهال المرتد ثلثة ايام فانه اولي وان قتل بغير اثمها لجاز لان الكفر مبني وقوله هو الصحيح
 احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه اضعف من البذل والاقرار فيشترط
 فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا
 وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول بقيت الثالثة ثم اقضي عليك
 ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعي **قوله** واذا كانت الدعوى
 نكاحا اذا ادعى رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت او بالعكس او ادعى بعد الطلاق
 وانقضاء العدة انه راجعها في العدة وانكرت او بالعكس او ادعى بعد انقضاء مدة الابلاء
 انه فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس او ادعى على مجهول انه عبده او ادعى المجهول
 ذلك او اخفصا على هذا الوجه في ولاء العتاقة والمواليات او ادعى على رجل انه
 ولده او والدته او ادعت على مولاها انها ولدت منه وهذه لا تحقق الا من جانب الامه

لان المولى اذا ادعى ذلك يثبت الاستيلاء باقراره ولا يلتفت الى انكارها او ادعت
 المرأة على زوجها انه قد بها بما يوجب اللعان وانكر الزوج او ادعى على رجل ما يوجب الحد
 وانكره فانه لا يستحلف في هذه كلها عند ابي حنيفة ر ح وقالوا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود
 واللعان لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق لما قد منا يعني
 قوله اذ لو لا ذلك لا قدم على البمين اقامة للواجب ودفع للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل
 الثواب باجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وبقاء ماله
 على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه القوائد الثلاث والاقرار يجري في هذه الاشياء
 فيعمل بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة في ما لا يندرى
 بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحد فلا يجري فيه ايضا * وعليه نقوض
 اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي
 ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن البمين فرد عليه
 ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرار لزمه النصف
 الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه
 هيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرار لزم الوكيل الثالث ما ذكره
 في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك بـ فلان فادعى المكفول له على
 فلان ما لا فانكروا نكل عن البمين فنضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان
 النكول اقرارا للقضى به والجواب ان النكول اما اقرار او بدل منه فوجه الاقرار
 ما تقدم ووجه كونه بدلا ان المدعى يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك
 بالاقرار والانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم تنقطع الا بيمين فاذا نكل كان بدلا
 من الاقرار بنقطع الخصومة بالنقض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا يرد
 على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى ولا يبي حنيفة ر ح ان

ان النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا تبقى واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو اما بذل او اقرار لحصول المتصود به لكن انزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل يؤذيني فدفعت اليه نفسي ان يسترقني او قال انا ابن فلان ولكن ابحت لهذا ان يدعي نسبي او قالت انا لست بامرأته لكن دفعت اليه نفسي وابحت له الامساك لا يصح * وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيئا آخر اذا استحق ما ادعى بتضاء كمال الصالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى الثاني لو كان بذلا كان ايجابا في الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا الرابع ان العبد الماذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان بذله باطل الخامس يقضى بالتصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان البذل لا يعمل فيها * والجواب عن الاول ان بدل الصلح واجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعي يقول انا آخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالتضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالة وسائر المداينات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان بذلا بحكم الشرع كالتكول فلا نسلم انه لا يوجب بل هو موجب قطعاً للمنازعة وعن الرابع اننا لا نسلم عدم صحة البذل من الماذون بما دخل تحت الاذن كاهداء الماكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس اننا لا نسلم ان البذل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيداً لنحو ان يقول اقطع يدي وبها آكلة لم يأنم بقطعها وفي ما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين لا يقال ابو حنيفة رح ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر

(كتاب الدعوى — * باب اليمين *)

بالرأي وهو لا يجوز لأن أبا حنيفة رحمه الله ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدة تها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلوة لغوات المنصود **قوله** وفائدة الاستحلاف يعني أن البذل في هذه الأشياء لا يجري ففات فائدة الاستحلاف لأن فائدته القضاء بالنكول والبذل في هذه الأشياء لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة وقوله إلا أن هذا بذل جواب سؤال مقدر وتقديره لو كان بذلا لم ملكه المكاتب والعبد المأذون لأن فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفا أنهم لا يملكان ما لا بدله من التجارة وبذلها بالنكول من جملة ذلك وقوله وصحته في الدين جواب عما يقال أنه لو كان بذلا لجرى في الدين لأنه وصف في الذمة والبذل لا يجري فيه ووجه ذلك أن البذل في الدين أن لم يصح فاما أن يكون من جهة الغابض أو من جهة الدافع فإن كان الأول فلا مانع منه لأنه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وإن كان الثاني فالمراد به هنا أي في الدين ترك المنع وجازله أن يترك المنع فإن قيل فهل جعل في الأشياء السبعة أيضا ترك المنع حتى يجري فيها اجيب بأن أمر المال هين تجري فيه الإباحة بخلاف تلك الأشياء فإن أمرها ليس بهين حيث لا تجري فيها الإباحة وجعله ههنا ترك المنع وفي قوله إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة غير الترك * وفي ذلك تسامح في العبارة والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله أولى **قوله** ويستحلف السارق إذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات فجوز أن يثبت بالنكول وعن محمد رحمه الله قال القاضي يقول للمدعي ما ذا تريد فإن قال أريد النطق يقول له القاضي الحد ولا يستحلف فيها فليس لك يمين وإن قال أريد المال يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال قال المصنف رحمه الله فان نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله يريد به النكول شيئا ان الضمان لو يعمل النكول فيه والنطق وهو لا يثبت به

به فصار كما اذا شهد عليه رجل وامرأتان يريد بذلك اشتغال الحجّة على الشبهة ويجوز ان يراد بقوله بفعله فعل السرقة واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استخلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستخلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال فان قلت هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة قلت هي تعليم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون في كل مهر او نصفه وفيه نظر لان الطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخو المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستخلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضي بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحجر في اللقيط بان كان صبي لا يعبر عن نفسه في يد الملتقط فادعت اخوته حرة تريد قصريه الملتقط بحق حضانتها وارادت استخلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب * وكذا اذا اوهب لانسان عينا ثم اراد الرجوع فيها فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستخلف الواهب فان نكل يثبت امتناع الرجوع ولا يثبت الاخوة **قوله** لان المقصود هذه الحقوق دليل المجموع اي دون النسب المجرد فان فيه تحميلة على الغير وهو لا يجوز ولهذا انما يستخلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة دون الابن لان في دعويهما الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوج فان دعويهما يصح من الرجل والمرأة اذ ليس فيه تحميل على احد فيستخلف وهذا بناء على ان النكول بدل من الاقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار **قوله** ومن ادعى قصاصا على

غيره فمحمدة ومن ادعى قصاصا على غيره فمحمد وليس للمدعي بينة يستحاف المدعى عليه
 بالاحصاء سواء كانت الدعوى في النفس او في مادونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه
 في مادون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر او يحلف عندا بيحنيقة رح
 وقال لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب
 به المال اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا اقر بالخطاء
 والواي يدعي العمد وفي مانحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطاء
 واما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا اقام على مادعى رجلا وامرأتين
 او الشهادة على الشهادة فانه لا يتضي بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاءه
 ولم يشبه الخطاء فلا يحب شيء ولا تناوت في هذا المعنى بين النفس ومادونها فان قيل
 من اين وقع الفرق بين هذا والسرقه حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل
 وامرأتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال ثمة
 اصل وينعدي الى القطع واذا قصر لم يتعد فبقي الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص
 ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهوان يكون مشروعا بطريق المنة للخصمين للقاتل
 بسلامته نفسه والمقتول بصيانته دمه عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها
 بالخطاء ولا بئي حنيقة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية
 للنفس كالاموال فيجري فيها البذل الا يرى انه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان
 وائس ذلك الامن حيث اعمال البذل بخلاف النفس حيث لا يجري فيها البذل فانه
 لو قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف
 يسلك فيها مسلك الاموال لجاز قطع يده من غير انما اذا قال اقطع يدي كما يباح له اخذ ماله
 اذا قال خذ مالي اجاب بقوله الا اندل يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا لكان قطع
 للاكله ونلع السن للوجع لم يأنم بفعله ومانحن فيه من البذل اي الذي بالنكول مفيد

مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين * احدىهما انه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول * والثاني ان الخصومة تندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه والى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد لانهم محتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان رفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه وظهر مما ذكرنا ان البذل في الاطراف جائز فيثبت القطع به وفي الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا امتنع في النفس واليمين حق مستحق عليه بحسب به كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين بحسبون حتى يقرروا ويحلفوا **قوله** واذا قال المدعي لي بينة حاضرة واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فاما ان يكون المدعي عليه مقبلا ومسافرا فان كان مقبلا قيل له اعطه كفيلة عن نفسك ثلاثة ايام فان فعل والا امر بملازمة ما جاوز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم وما جاوز التكفيل فهو استحسان والقياس ياباه قبل اقامة الحججة ووجه ذلك ان الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعان عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعي وضرر المدعي عليه بدسيسر فيتحمل كالاغداء والحيلولة بينه وبين اشغاله واما التقدير بثلاثة ايام فمروي عن الشيخين فيرح من غير فرق بين الوجبه والخامل والخطير من المال والتحقيق منه هو الصحيح وروي عن محمد ر ح انه قال اذا كان معروفا فالظاهر انه لا يخفي شخصه بذلك التقدير لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يوخذ وكذا اذا كان المدعي به حقير لا يخفي المرأ نفسه بذلك لا يجبر عليه واما الامر بالملازمة فلما لا يضيع حقه فان قال المدعي لابينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه ان ليس كل غائب يؤوب

(كتاب الدعوى — * باب اليمين * فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة يتقدرا ان بمقدار مجلس القاضي اذ ليس فيه كثير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر وكيفية الملازمة سذكرها في كتاب الحجر

* فصل في كيفية اليمين والاستحلاف *

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هي فيها ذكر صفتها لان كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفة واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حائفا فليحلف بالله اوليذرو كلامه فيه ظاهر **قوله** ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق هو ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلته بمبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وابن صور يابا بالتصرا سم اعجمي روي انه عليه السلام رأى قوما مروا برجل وامرأة سخم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صور يا وهو خبرهم فقال انشدك ابي احلفك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا وذلك دليل على جواز تحليف اليهودي بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجابه خرج على القاضي بحضرة وهو مدفوع وقال الشافعي رح اذا كانت اليمين في قسامة او في لعان او في مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه السلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج على الحاكم **قوله** ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجمعه هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب * والضابطة في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برفع الالفان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على

(كتاب الدعوى — * باب اليمين * فصل في كيفية اليمين والاستحلاف *)

على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند أبي يوسف ر ح
 الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل ما يقول عند قول القاضي احلف بالله
 ما بعت ايها القاضي الانسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيه فح يلزم القاضي الاستحلاف
 على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الائمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل
 ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف
 على الحاصل فعلى الظاهر اذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وحمد المولى
 يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد
 وهو بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا
 فان الرق يتكرر عليه بتنقض العهد والمحاق وعليها بالردة والمحاق واذا ادعت المبتوتة
 النفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب
 لانه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعى فان قيل بالحلف
 على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز ان يكون قد اشترى وسلم الشفعة او سكت
 عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعى اجيب بانه اولى بذلك لان القاضي
 لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعى يدعي ما هو اصل لان الشرى اذا ثبت
 ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم
 الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق او الغصب او النكاح او البيع يحلف عندهما
 على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح قائم
 او بيع قائم في الحال لان السبب مما يتكرر فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند
 أبي يوسف ر ح يحلف على السبب **قوله** ومن ورث عبدا فادعاه آخر استحلف
 على علمه وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم والبنات * والضابطة
 في ذلك ان الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت

(كتاب الدعوى — * باب اليمين * فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

على فعل المدعى عليه كان على البتات ونقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق أو آبق واثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البائع وادعاه في يد البائع وادعاه في يد البائع يحلف على البتات بالله ما ابق وما سرق مع انه على فعل الغير وبالمدعى اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات و القبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقران الموكل قبض الثمن وانكره الموكل يحلف الوكيل بالله قبض الموكل وهو فعل الغير * وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك حلف على البتات وفي صور التقض يدعى العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن البائع بتسليم المبيع سليما عن العيب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقيتين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض * واذا ورث عبدا وادعاه آخر استحلاف على علمه لانه لا علم له بصانع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذا اشترى سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع **قوله** ومن ادعى على آخر ما لا فائدة عن يمينه او صالح منها على شيء مثل المال المدعى به او اقل جاز وهو ما نثر عن عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وفندي عن يمينه ولم يحلف فقيل الاتحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم ثم قضاها اربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال مقداد ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما تقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان رضي الله عنهما

عنهما انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رضي الله عنه فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله * فيكون دليلا للمشائعي رح على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعى الايفاء على عثمان رضي الله عنه وبه يقول * ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظة الغداء والصلح ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجوز وكان له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال والله اعلم بالصواب

* باب التحالف *

راعى الترتيب الطبيعي فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبيعي واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري انه اشتراه بمائة وادعى البائع انه باعه بمائة وخمسين واعترف البائع بان المبيع كرم من الحنطة وقال المشتري هو كران فمن اقام البينة قضى له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فمثبتها كان اكثر اثباتا ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فقال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتها وهذه معها بخمسين ديناروا فاما بينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بمائة دينار وقبل هذا قول ابي حنيفة رح آخرا وكان يقول اولاهو قول زفر رح يقضى بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين ديناراً * وان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة ديناروا فاما البينة فهي لمن لا اتفاق على قوله وهو البائع لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع

فبينته على حقه اولى بالقبول وان لم يكن له ما يثبت يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى
بالثمن الذي بدعيه البائع والافسخنا البيع ويقول للبائع اما ان تسام ما ادعاه المشتري
من المبيع والافسخنا البيع لان المتصور نفع المنازعة وهذا جهة فيه لا ريبا ليرضيان
بالفسخ فاذا علمنا به يتراضيان فان لم يتراضيا استخلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الاخر
وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري
ينكرها والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما تقدم البائع ينكره فكل منهما منكروا اليمين
على من انكر بالحديث المشهور فيحلفان فاما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري
لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له في بده فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها
فكان القياس الاكتفاء بحالهما لكانا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة فائدة بعينها تحالفا وترا دوا قائل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور
فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور او بتعارضه ولا ترجيح
ويبدأ يمين المشتري وهذا قول محمد وابيوسف رحمهما الله آخر اوهو رواية عن ابي حنيفة رح
وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف رح انه يبدأ يمين البائع لان المشتري اشد هما
انكارا لكونه اول من يطالب بالثمن فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار
دون شدة واجله اراد بالشدّة التقدم وهو انسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي
يترتب عليه اولان فائدة النكول يتعجل بالبداء به وهو الزام الثمن ولو بدأ يمين البائع
تاخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رح يقول اولا
يبدأ يمين البائع وذكر في المنتقى وابوالحسن في جامعه انه رواية عن ابي حنيفة رح
وهو قول زفر رح اقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع ووجه الاستدلال
انه عليه السلام خصه بالذكر وانل فائدة التقدم بعني انه عليه السلام جعل القول قوله وذلك
يقضى الاكتفاء بيمينه لكن لا يكفي بها فلا تل من البداءة بها وان كان العقد مقايضة او صرفا

أوصرفا يبدأ القاضي يمين ايهما شاء لا ستوائهما **قوله** وصفة اليمين ذكر في الاصل صفة
اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالغين وقال
في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالغين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه
بالغين وقد اشتراه بالف بضم الاثبات الى النفي تأكيد او الاصح الاقتصار على النفي
لان الايمان وضعت للنفي كالبيئات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم
ولا علمتم له فأتلا وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التاكيد وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما
اذا طلباه او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وهذا يدل على انه لا يفسخ
بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه لما لم يثبت مدعى كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه
الحاكم قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البطل يبقى بيعا لا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ
فلما لم يفسخ كان قائما قال في المبسوط حل للمشتري وطىء التجارية اذا كانت المبيعة
وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا لصحة البطل في الاعراض
واذا كان باذلا لم يبق دعواه معارضة لدعوى الاخر فانم القول بشيئته لعدم المعارض **قوله** واذا
اختلف في الاجل واذا اختلف في الاجل في اصله او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن
فلا تحالف بينهما والقول قول البائع * وقال زفر والشافعي رحمهما الله يتحالفان لان الاجل جار
مجري الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب
التحالف فكذا هذا ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما
لا يوجب التحالف وهذا لان التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف في ما يتم به العقد والاجل
وراء ذلك كشرط الخيار في ان العقد بعد مهمما لا يختل فلم يكن في معنى المنصوص عليه
حتى لا يحق به نصار كما لا اختلاف في الخط والبراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في
وصف الثمن كالجودة والرداءة وجنسه كالدرهم والدنانير حيث يكون الاختلاف
فيهما كما لا اختلاف في قدرة في جريان استحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

لكونه ديناً وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف الا يرى ان الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قيام العقد لبقاء ما يحصل ثمناً * ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه مفروغاً عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعوى * واذا اتفقا في الاجل واختلفا في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه **قوله** فان هلك المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابن حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه وقال محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدلائل الدالة على التحالف لا تنصل بين كون السلعة قائمة او هالكة اما الدليل النقلي فهو قوله عليه السلام اذا اختلفا المتبايعان تحالفا وترادا ولا يعارضه ما في الحديث الاخر من قوله والسلعة قائمة لانه مذکور على سبيل التنبيه اي تحالفا وان كانت السلعة قائمة فان عند ذلك تميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال متأًت ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فمع عدمه اولي واما العقلي فما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما يدعي عقد اغبر الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فان قيل قياس فاسد لانه حال قيامها يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك اجاب بقوله وانه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيداً كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى احد هما العقد بالدرهم والاخر بالدنانير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة ولا بي حنيفة وابي

وأيي يوسف رحمهما الله ان الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما فالحق احد هما بالآخر
جمع بين امرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فسادا للوضع * أما الاول فلان
قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكره وجب اليمين على المشتري
خاصة لانه المكسب في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله عليه السلام
والسلعة قائمة ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود
بل هو كالتأكيد والتأسيس اولى * على انه اما معطوف على الشرط او حال فيكون مذكورا
على سبيل الشرط * وأما الثاني فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم
للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره
فان قيل فليكن ملحقا بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال القيام يفضي
الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برأس ماله بعينه اليه ولا كذلك
بعد هلاكها الا يرى انه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه
فبطل الاحتاق بالدلالة ايضا **قوله** ولانه لا يبالى جواب عن قولهما ان كل واحد منهما
يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة اي سلمنا ذلك لكن
لا يضرننا في مانحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى الى التاكروههنا ليس
كذلك لان مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وقد تم بهلاكه وايسر
يدعي على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا
بيعا وهبة فان في كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لا اختلاف السبب واجيب
عن الاول بشبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور
في بعض الكتب قول محمد راج وقوله وانما يراعي جواب عن قولهما وانه يفيد زيادة
دفع الثمن ومعناه ان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وما ذكرتم
ليس منها فانه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف

(كتاب الدعوى — *باب التحالف*)

لبس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من ملك
المبيع وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس
من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس وهذا اي هذا الاختلاف
اذا كان الثمن دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة
الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما
يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة النسخ وهو التراد ثم يرد مثل
الهالك ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن **قوله** فان هلك احد العبدین ثم اختلفا واذ باع
الرجل عبدین صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال
البائع بعتهما منك بالنفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا
عند ابي حنيفة رح الا ان يرضي البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول
قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي وحده
ولا شيء له واختلف هاتين الروايتين في اللفظ لا يخفى * واختلف المشائخ رحمهم الله
في توجيه قوله ان يترك حصة الهالك وقوله ان يأخذ الحي وحده ولا شيء له وفي مصرف
الاستثناء في الروايتين جميعا * قالوا معنى الاول ان يخرج الهالك من العقد فكانه
لم يكن و صار الثمن كله بمقابلة التائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه
المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البائع حصة الهالك
فيتحالفان * والمراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي وحده ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن
الهالك شيئا اصلا وعلى هذا عامتهم * وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشتري
مع يمينه الا ان يرضي البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا آخر زائدا
على ما اقر به المشتري وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف
لانهما اخذا البائع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري * وكلام المصنف رح يشير الى

الى ان اخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيتهما * قيل والصحيح هو الثاني لان البائع لا يترك من ثمن المبت شيئا مما اقربه المشتري انما يترك دعوى الزيادة وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي فيفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بصحيح على ما سياتي وقال محمد رح يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى والجواب ان هلاك البعض محجوج الى معرفة القيمة بالحرز وذلك مجبّل في المقسم عليه فلا يجوز ولا يبي يوسف رح ان امتناع التحالف للهلاك فيقدر بقدره والجواب لا يبي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها والجميع لا يبقى بغوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس في معناه من كل وجه لان التحالف في القائم لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحرز والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز وينظن مما ذكرنا ان احداً دليلين المذكورين في المتن لا يثبت المدعى بنفي القياس * وفيه اشارة الى الجواب عن مسألة الاجارة فان القصار مثلاً اذا اقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة فنفي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك احد العبدین وفيه التحالف عند ابى حنيفة رح ايضا دون هلاك احد العبدین وبيان ذلك ان السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي واما الاجارة فهي عقود متفرقة متجددة فكل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر في الباقي والثاني

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

بنفي الالحاق بالدلالة * وفيه اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
 كما ذكرناه ثم تفسير التحالف على قول محمد ر ح ما بيناه في القائم وهو قوله وصفه
 اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الى آخره وانما لم يختلف صفة التحالف عنده
 في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف فاذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى
 احدهما او كلاهما الغشخ يفسخ العقد بينهما وياً من القاضى المشتري برد الباقي وقيمة الهالك
 والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعى عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة
 المغصوب واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف ر ح فمنهم من قال يتحلفان على القائم
 لا غير لان العقد يفسخ في القائم لا في الهالك * وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله
 ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع حلف فكان صادقا وكذا لو حلف
 البائع بالله ما بعث القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف
 والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتها بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى
 البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل
 لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم
 المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقربه المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة
 تجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض
 يعني يقسم الثمن الذي اقربه المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما
 يوم القبض فان اتفقا على ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري
 نصف الثمن الذي اقربه المشتري وسقط عنه نصف الثمن وان تصاد فان قيمتهما يوم القبض
 كانت على التفاوت فان تصاد فاعلى ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم
 يجب على المشتري ثلث ما اقربه من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت
 قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة قال البائع على العكس فاقول

فالقول للبائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك
 والبائع بتكره وطول بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة في يوم العقد والمبيع
 يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات قال محمد ر
 قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت
 مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدین هنا صار مقصودا
 بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض وقال ظهير الدين هذا اشكال هائل
 اوردته على كل قوم نحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي تخيل لي بعد طول
 التجشم ان في ما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ في ما صار مقصودا بالعقد وفي ما
 نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ في ما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي
 منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهالك لم يتعذر
 اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون
 بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد ر حتى قال يضمن المشتري
 قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك
 يوم القبض فلهذا يعتبر قيمته يوم القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين
 واقول الاصل في ما هلك وكان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد
 ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على
 جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم القبض وفي ما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ
 العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة
 غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصنة
 من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ * فايهما اقام
 البينة تقبل بينه لانه نورد عواها بالحجة وان اقامها فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا

(كتاب الدعوى — *باب التحالف*)

ظاهر الاثباتها الزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لانها ضمنية والاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة الهالك * ثم ذكر المصنف ر ح ما هو على قياسه من بيع الاصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقه في ان القول ههنا قول البائع والبينة ايضا بيته مع ان المعهود خلاف ذلك اذ البائع اما ان يكون مدعيا او مدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه البمين اذا انكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين * وذلك ان كلا من البمين والبينة يمتني على امر جازان يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك فمبنى الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة ومبنى البينات على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل او تلجئة او غير ذلك * واذا ظهر هذا جاز ان يكون القول للبائع لانه منكر حقيقة او هو اعلم بحال نفسه وان تقبل بيته لانه مدع في الظاهر واذا افاد البينة يترجح بالزيادة الظاهرة على ما مروى في كلامه نظر لانه علل اعتبار الحقيقة في الايمان بقوله لانها بتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال وهو منفرع على المدعى فان توجه البمين على احد العاقدين دون الوكيل والنائب انما هو لان المعتبر في الايمان هو الحقيقة ويمكن ان يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين **قوله** وهذا اي ما ذكر في الاصل بين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف ر ح في التحالف وتفرعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير **قوله** ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايل ولم يقبض البائع المبيع بعد الا قاله حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما او فسخاها القاضي لانها كالبيع لا يفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف فيها بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين فلا

فلا بدخل تحته وإنما اثبتناه بالقياس لأن ما نحن فيه من مسئلة الاقالة مفترضة قبل القبض والقياس
بوافقته على ما مر ولهذا نقيس الاجارة اذا اختلف الآجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه
في الاجرة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض
والقيمة على العين في ما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري يعني اذا استهلك
غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة
فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف
هنا بقاء العين المشتري لكون النص ان ذاك معقول المعنى ولو قبض البائع المبيع
بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رح لانه يرى
النص معلولا بعد القبض ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين
لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض **قوله**
ومن اسلم عشرة دراهم ومن اسلم عشرة دراهم في كرحظة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن
لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة في باب السلم
لا يَحتمل لكونها اسقاطا للمسلم فيه وهودين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع
فانها يحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع الا يرى
ان راس مال السلم لو كان عرضا فردة بالعيب يعني قضى القاضى بذلك
وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يرتفع الاقالة ولا يعود السلم فلو كان ذلك في بيع العين
عادة لبيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي عليه زيادة من راس
المال وهو ينكرها ما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان المسلم فيه قد سقط
بالاقالة قبل المعقود عليه قد فات في اقالة السلم وفي ما اذا هلك السلعة ثم اختلفا
فما الفرق لمحمد رح في اجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون اقالة السلم واجيب
بان الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة

(كتاب الدموى — * باب التحالف *)

يجري في البيع لافي الفسخ **قوله** واذا اختلف الزوجان في المهر فادع الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالعين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه نورد عواذ بالحجة اما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعى الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا فان اقاما فلا يخلوا ما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت النقص وبينهما لا تثبت شبه الثبوت مادع عنه بشهادة مهر المثل وان عجزا عنها التحالف عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان ان التحالف في عدم التسمية وان لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل بصحته لبقاءه بلائمن وهو ليس بصحيح فيفسخ البيع فان قبل التحالف مشروعا في البيع والنكاح ايسر في معناه سلمناه لكن فائدته فسخ العقد والنكاح ههنا لا يفسخ اجيب بان موجه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وهو ههنا موجود فالحق به وانما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب وتوضيحه ان الفسخ في البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا اصليا يصار اليه عند انعدام التسمية وهذا على طريق تخصيص العلل والمجوز مخلص ومخلص غيره معلوم وقوله ولكن يحكم مهر المثل استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما قالت كذلك وان كان اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا النقص عنه قال المصنف رح ذكر التحالف اولائهم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها انما هو بالتحالف فلهاذا يقدم التحالف في

في الوجوه كلها يعني في ما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه وكان بينهما فهو خمسة وجوه * واما في قول الرازي فلا تحليف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم تكن مهر المثل شاهدا للاحدهما وفي ما عداه فالقول قوله يمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله او اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته او اكثر قال في النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لاجباب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المعبر الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما * واقول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المعبر الى مهر المثل لاجبائه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محذور فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت يبين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها يعلم بالحرز والظن فلا يفيد المعرفة فلا يجعل حكما ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجلا لفائدة النكول فان اول التسليمين عليه كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وهو التحكيم اولا ثم التحليف كما ذكرناه وذكرنا خلاف ابي يوسف رح وهو ان القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشيء مستنكر يعني في باب المهر فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل اولا فمن شهد له فالقول قوله وان كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان اولا كما تقدم الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل تكون لها قيمتها دون غيرها

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجب القيمة **قوله** وان اختلفا في الاجارة في البذل اي الاجرة والمبدل فاما ان يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه او بعد ذلك او بعد استيفاء بعضه فمن اقام البينة قبلت بينته لانه نورد عوالة بالحجة وان اقامها فان كان الاختلاف في الاجرة فبينة الموجد او لى لانها تثبت الزيادة وان كان في المنفعة فبينة المستاجر كذلك وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما في ما يدعيه من النصل مثل ان يدعي هذا شهرا بعشرين وذلك شهرين بعشرة فينصى بشهرين بعشرين وان عجزا تحالفا وترادا في الاول لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معا وضد يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف في الاجرة بدى يمين المستاجر لانه منكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب ان يدعى يمين الآخر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب اولاً على الآخر ثم وجب الاجرة على المستاجر بعده اجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو السابق انكاراً فيبدى يمينه وان لم يشترط لا يمتنع الآخر من تسليم العين المستجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف وان وقع الاختلاف في المنفعة بدى يمين الموجد كذلك وايهما نكل ازمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصلهما وكذا على اصل محمد رح لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه وما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الاجارة اما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا تبقى زمانين واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما ان لا عقد بينهما لا نفسا خه من الاصل فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وفي الثالث تحالفا وفسخ العقد في ما بقي لان العقد بنقده ساعه

ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة إلى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف * وأما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لأن المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق بخلاف البيع لأن العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل **قوله** وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة إذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا ضد ابني حنيفة رح وقالوا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لأنه قد مضى يقبل التفسخ فاشبه البيع والجماع أن المولى يدعي بدلًا إذا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه أي في الثمن فيتحالفان ولا يبي حنيفة رح أن الكتابة عقد معاوضة ويجب به البذل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وإنما ينتقل بمقابلته للعتق عند الأداء وهذا لأن البذل لا بد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البذل مقابل الرقبة في الحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فإن المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين أن يكون للحال مقابل اليد ثم ينتقل بمقابلته للعتق عند الأداء فقبله لا بمقابلته فبقي اختلافًا في قدر البذل لا غير لأن العبد لا يدعي شيئًا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر **قوله** وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل لأن الظاهر أنه هله وما يصلح للنساء كالوقاية وهي المعجرة وما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بذلك لأنها تقي الخمار وكالمحفة فهي للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها قال الإمام الترمذ في إذا كان الرجل صائغًا وله أساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال ومثال ذلك فح لا يكون مثل هذه الأشياء لها

(كتاب الدعوى — * باب التحالف)

وكذلك اذا كانت المرأة تتبع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالألينة والذهب والفضة
والامتنعة والعقار فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعوى
لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر اقوى منه
وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال وما هو صالح
للنساء فهو مستعمل للنساء فاذا وقع الاشتباه ترجح بالاستعمال * ويندفع بهذا ما اذا اختلف
الطار والاسكاف في آلات الاسكفة والطارين وهي في ايديهما فانها تكون بينهما
نصفين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبه
ولم نشاهد استعمال الاسكفة والطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في ايديهما على السواء
فجعلناهما نصفين ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفقرة
فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما ايهما كان
لان اليد للحَيِّ دون الميت وهذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا التفصيل
قول ابي حنيفة رح لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح
للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا
قوله وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها معناه مما يصلح لهما والباقي
للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا ظاهر اقوى لجريان العادة بذلك
فيطل به ظاهر الزوج وما في الباقي فلا معارض لظاهرة فكان معتبرا والطلاق والموت
سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء
فهو للمرأة وما يصلح لهما فالرجل ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا فلنا لابي حنيفة رح
من الدليل وهوان المرأة وما في يدها في يد الرجل فالقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة
الى الحيوة واما بالنسبة الى المماتة فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث
وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحري في حال الحيوة لان يد الحر اقوى لكون اليد

(كتاب الدعوى — * باب التحالف * فصل فيمن لا يكون خصما)

اليد يد نفسه من كل وجه وبد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحربين * فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة كذلك وللحي منهما بعد الملمات حراً كان او مملوكا * هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحرب بعد الملمات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمصنف رح اختار اختيار العامة واستدل بقوله لا تدل يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقال العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا الوا خنصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما تضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البيئة استويا فيه فكما لا يرجح الحرب بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما

* فصل فيمن لا يكون خصما *

آخر ذكر من لا يكون خصما ممن يكون خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة الاعداء فان قبل الفصل مشتعل على ذكر من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي **قوله** وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعني فلان الغائب اورهنه عندي او غصبته منه او اجرني او اعارني واقام على ذلك بيته فلا خصومة بينه وبين المدعى وقال ابن شبرمة لا تدفع وان اقامها وقال ابن ابي ليلى تدفع بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل صالحا للجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محصا لا كما قال ابن شبرمة * ثم اذا شهد الشهود فاما ان يقولوا اودعه فلان نعرفه باسمه ونسبه او رجل مجهول لا نعرفه او رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فنفي الفصل الاول تقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثاني عند محمد رح وكالاول

(كتاب الدعوى — * باب التحالف * فصل فيمن لا يكون خصما)

عند أبي حنيفة ر ج وهذه خمسة اقوال فلهذا القبت المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى
وقبل لقبته بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفا وجه ظاهر الرواية وهو المذكور اولا
ان المدعى عليه اثبت بينه ان يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم
ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت بينه الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم
متعذر اذ ليس لاحد ولاية ادخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء
على اثبات الملك والبناء على المتعذر ومتعذر والجواب عنه ان مقتضى هذه البينة شيان
ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه وبناء
الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل ينتقل المرأة الى زوجها اذا اقامت البينة
على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب
كما مروئث سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب انما
مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنا ولا معتبر به ووجه قول ابن
ابي ليلى ان ذا اليد اقرب بالملك لغيره والقرار يوجب الحق بنفسه فتبين ان يده يد حفظ
فلا حاجة الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهريته وباقراره يريد ان يحول حقا مستحقا
على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته
الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بالحجة لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غير معهود في
الشرع لانها لا تثبت اليد بالحافضة التي انكرها المدعى لا لاثبات الاقرار ووجه قول ابي يوسف ر ج
ان المحتمل من الناس قد يدفع ما احذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه
الشهود علانية فيحتمل لا بطل حق الغير فاذا اتهمه القاضي بدلايقبلها وما وجه الفصل الاول
فلانه شهادة قامت بمعلوم معلوم على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثاني فله
وجهان * احدهما احتمال ان يكون المودع هو هذا المدعى حيث لم يعرفوه * والثاني
انه ما احواله الى معين يمكن المدعى اتباعه فلواندفعت الخصومة لنضر ربه المدعى واما

(كتاب الدعوى — * باب التحالف * فصل فيمن لا يكون خصما)

واما الفصل الثالث فوجه قول محمد رح فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما حاله
 الى معين الى آخره فصار بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا تعرفه وهذا الان المعرفة بالوجه
 ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله عليه الصلوة والسلام انه قال لرجل اتعرف
 فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذن لا تعرفه * ووجه قول الشيخينة رح
 ان المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة غير حيث عرفه الشهود
 بوجهه للعلم بيقين ح ان المدعى غير المدعى عليه فاذا الشهادة تفيد ان يده ليست بيد
 خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على نفي البدتعريف
 خصم المدعى تعريفًا تامًا انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت **قوله** والمدعى
 هو الذي اضر بنفسه جواب عن قول محمد رح لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعى
 ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعى انما الحق من نفسه حيث نسي خصمه او من جهة
 شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة
 في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء اودعني فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى
 موجود في الخارج واما اذا اهلك فلا تدفع عنه الخصومة وان اقام البينة لانها اذا كانت
 قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فتدفع عنه
 الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا اهلك فالدعوى يقع في الدين ومحللة
 الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة
 على ان العين كانت في يده ودبعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة
قوله وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان
 الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعى
 فصببت هذا العين مني او سرقته مني واقام ذو اليد البينة على الدبعة لا تدفع الخصومة
 لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صححت الدعوى على غير ذي اليد وفعله

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

لا يتردد بين ان يكون له وغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا يصح الدعوى على غير ذي اليد ويدة مترددة بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعي س ق مني واقام ذواليد البينة على ان فلانا اودعته لم تدفع الخصومة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد ر ح تدفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله وله ما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درء اللحد عنه شقة عليه فان قيل اذا لم تدفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فواجه الدرء اجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين اي المدعي ان ظهر سرقة بعد ذلك بيقين لم يقطع يده لظهور سرقة بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فمتى ظهرت سرقة بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال غصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال اودعته فلان ذلك ستطت الخصومة من غير بينة لتوافقهما على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته انه احق بما ساكها .

* باب ما يدعيه الرجلان *

ما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين قوله وان ادعى اثنان عينا وان ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم انها له واقام البينة على ذلك قضى بهما بينهما وقال الشافعي ر ح في قول تها ترائي

أي تساقطتا من الهتريكسرها وهما المستطمن الكلام والخطأ فيه وفي قول يقرع بينهما لأن أحدى البينتين كاذبة يبقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة والتميز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما أو يصار إلى القرعة لأنه عليه السلام أقرع فيه روى سعيد بن المسيب. ان رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فأقرع رسول الله عليه السلام بينهما فقال اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت فرعته ولنا حديث تميم ابن طرفة الطاري ان رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله عليه الصلاة والسلام وأقاما البينة فقضى بهار رسول الله عليه السلام بينهما نصفين وعن أبي الدرداء رضي الله عنه ان رجلين اختصما بين يديه في شيء وأقاما البينة فقال ما احوجكما إلى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بغنق الظالم ثم قضى به رسولنا عليه السلام بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم نسخ بحرمته القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق لمن خرجت له فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب احدهما بيقين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة اداء الشهادة لا يعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشترى فشهد على ذلك والاخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهاداتتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق **قوله** فان ادعى كل منهما نكاح امرأة دعوى نكاح المرأة من رجلين اما ان يكون متعاقبة اولا فان كان الثاني ولا بيعة لهما فاما ان تفر لاهما اولا فان اقرت فهي امرأته لتصادقهما وان لم تفر لم تنقض لواحد وان كان ثم بيعة فمن اقام البينة فهي امرأته وان اقرت لغيرة لان البينة اقوى من الاقرار

(كتاب الدعوى — * باب يدعيه الرجلان *)

وان اقاماها فاما ان يكون في بيت احدهما ودخل بها اولافان كان ذلك فهي امرأته لان النقل الى بيته والدخول بهادليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الخارج بينته على سبق نكاحه فانها تقبل لان الصريح اولى من الدلالة * وان لم يكن ذلك فمن اثبت سبق التاريخ فهي امرأته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا * وان لم يذكر تاريخا لم يتضح لواحدة منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحلل الاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما فايهما اقرت له انه تزوجها قبل نهى امرأته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولقائل ان يقول قوله فصاحب الوقت الاول اولى ليس بكلي لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعده بمدة لا يحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فينسويان لجواز ان الاول طلقها فتزوج بها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا آتفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكما به فكذا اذا ثبت بالبينة * وان كان الاول فاذا انفرد احدهما والمرأة تجحد فاقام البينة وقضي له بها ثم ادعى الآخر واقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود المدعي الثاني سابقا فيقضى له لانه ظهر الخطاء في الاول فيقبل **قوله** ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد عبد في يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المصنف رح معناه من صاحب اليد احتراز عما سيأتي بعد هذه المسئلة واقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نفذه لاستوا ثهما في الدعوى والسحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة وان شاء ترك لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل ولم يحصل فيرد له وياخذ كل الثمن فان قيل كذب احد البينتين متيقن لاستحالة توارد

توارد العقد بين عليّ وبين واحدة كملا في وقت واحد فينبغي ان يبطل البيعتان اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهما اعتمد سببا في وقت اطلاق له الشهادة به فان قضى القاضي به بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن الاخران يأخذ جميعا لانه صار مقضيا عليه بالنصف وانسخ العقد فيه والعقد متى انسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المتقضي به لظهور استحقاته بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي وهو القضاء عليه حيث له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة الآخر وقوله حيث له ان يأخذ الجميع يشير الى ان الخيار باق وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زادة انه لا خيار له وهو المظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينافيه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقتت احدهما دون الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الاخران يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك ولو لم يذكر تاريخا لكنه في يد احدهما فهو الاولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شراؤه * وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احدهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان ما مع البعد بعد بة زمانية فهو بعد * فاذا عرفت هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان ايضا فان الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شراؤه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شراؤه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراءه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم الاولى ولانهما استويا في الانبات وبينة غير القابض قد تكون مما ينقض اليد وقد لا تكون فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وطوبى بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعى الشراء من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فان

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد من المدعين ثمة محتاج الى اثبات الملك لبائعه اولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وبينه ذى اليد فكان بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك وكذا اذا ذكرنا لاخر يعني بينة الخارج وقنافذ والبد اولى لان بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذى اليد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه الا ان يشهد شهود الخارج ان شراءه كان قبل شراء صاحب البد فانه ينتقض بها البد لان الصريح يفوق الدلالة **قوله** وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقضا قال المصنف ر ح معناه من واحد احتراز عما اذا كان ذلك من اثنين كما سيجي واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا يثبت الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى احدهما الشراء والاخر الصدقة مع القبض وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكره من الوجهين في ان الشراء اقوى واذا ادعى احدهما هبة وقضا والاخر صدقة وقضا فهما سواء فيقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل لانسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره ان الترجيح باللزوم ترجح بما يرجع الى المال اي بما يظهر اثره في ثانی الحال اذا للزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع الى المال لان الترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال وهذا اي الحكم بالتصنيف بينهما في ما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا في ما يحتملها كالدار والبستان عند البعض لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارو ذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى اهما بشي لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان * قيل هذا قول اني حنيفة ر ح اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي

فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح ان لا يصح
 في قولهم جميعا لا بالتقسيم لكل واحد منهما بالنصف فانما يقضى له بالعقد الذي شهد به
 شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بتضاء
 القاضي وتمكن الشروع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها **قوله** واذا ادعى احدهما
 الشراء اذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يؤرخا
 او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعقد بينهما لا سنوائهما في القوة فان كل واحد منهما
 عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري عليه
 بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى
 لان العمل بالبينات مهمما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح
 بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجز المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها
 لان التزويج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة ان لم يجز صاحبه فتعين
 تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف رح عما قاله
 محمد رح ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى
 كما اذا تأخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين واذا ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة
 وقبضا واقاماها فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن
 لا يثبت فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهي اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون
 وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع * ولا ترد الهبة بشرط العوض
 فانها اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك
 صورة ومعنى والرهن لا يثبت الا عند الهلاك معنى لاصورة وان اقام الخارجا البينة
 على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول
 المالكين وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك الا من جهته والفرض ان الآخر

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

لم يتلق منه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله آخره قول محمد بن حمران
قال محمد بن حمران يقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبارة وان ارخ احدهما دون الآخر ففي النوادر
عن ابي حنيفة رح انه يقضي بينهما لانه لا عبارة للتاريخ عند حالة الانفراد في دعوى الملك
المطلق في اصح الروايات وعلى قول ابي يوسف رح يقضي لمن ارخ وعلى قول محمد بن حمران
يقضي لمن لم يورخ لانه يدعي اولية الملك وسيأتيك تمام بيانه ان شاء الله تعالى
قوله ولو ادعى الشراء من واحد واقامها ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء
قضي به بينهما وان ارخا تاريخين متفاوتين فلاول اولى لما بينا انه اثبت في وقت لا منازع
له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الآخر اشتراه من غير مالك فكان باطلا
قبل لا تفاوت في ما ذكر في الكتاب من الحكم بين ان يكون البائع واحدا او اثنين
وانما التفاوت بينهما اذا وقعت احدهما دون الاخرى على ما سنذكر بعد هذا وقوله معناه
من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فائدة فانه لا تفاوت في سائر الاحكام بين ان يكون
ذلك الواحد ذا اليد او غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاه رجلان ان
كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد فكذا ورتب عليه الاحكام وان اقام
كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر كان اقام احدهما على الشراء من زيد مثلا
والآخر على الشراء من عمرو وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء لانهما يشتمان الملك لبايعهما
فبصيركا لهما حضرا وادعاهما تاريخا واحدا ثم يخبر كل واحد منهما لما ذكرنا من قبل
ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك ولو وقعت
احدهما دون الاخرى قضى به بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقديم الملك
لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك
لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا
ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدم عليه شراء غيره و

ولتأمل ان يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ما ذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما الباقي فمشارك بين المسئلتين وذلك لامدخل له في الفرق لجواز ان يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب ان اذ كان مدخلا في الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضره وان تقدم ملك فتعارض فبرجح بالوقت واما اذا كان متعدد ا فكما جاز ان يبقا متعافين جاز ان يتعامعا وفي ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح بنضاعف التعارض ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة على ذلك قضى به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق واطلاق الباعة بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكتهم **قوله** وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا فذو اليد اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ورواية عن محمد بن ح وعنده انه لا تقبل بينة ذى اليد رجوع اليه محمد بن ح روى ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذى اليد اذا كانت اقدم تاريخا كانت اولى من بينة الخارج وقال لا قبل من ذى اليد بينة على تاريخ وغيره الا للنتاج لان النتاج دليل على اولية الملك دون التاريخ لان البنتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء بخلاف ما اذا قامتا بالتاريخ على الشراء واحدهما سبق من الاخرى فان السابق اولى سواء كان البائع واحدا او اثنين ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فبئوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة فان

كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *

من ادعى على ذى البدعينا وانكر ذاك البدعيا واقام البينة انه اشتراه منه تدفع الخصومة
وقد مر من قبل هذا قبول بينة ذى اليد على ان العين في يده ودعيته حتى تدفع عنه
دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذى اليد على الدفع صارت ههنا بينته
بذكر التاريخ الا قدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي
من قبله فيقبل لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب
الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد رح
لامعتبر بالوقت لما بينا من الدليل في الجانبين ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على مطابق
الملك ووقت احد لهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج
اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى لانه اقدم
وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احد لهما كان صاحب التاريخ اولى وقد مر ولهما
ان بينة ذى البدعينا تقبل اذا تضمنت معنى الدفع لما مر ولا دفع ههنا لانه انما يكون
اذا تعين التلقي من جهته وههنا وقع الشك في ذلك لان بذكر تاريخ احد لهما لم يحصل
التيقن بان الآخر تلقاه من جهته لا يمكن ان الاخرى لو وقتت كان اقدم تاريخا بخلاف
مما اذا ارخا وكان تاريخ ذى اليد اقدم كما تقدم وعلى هذا اذا كانت الدار بايديهما فاقام
احد هما بينة على ملك مؤرخ والاخر على مطلق الملك فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا
لابي يوسف رح قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذى البدعينا تقبل لتضمنها معنى الدفع
لا يستقيم لمحمد رح لانه لم يقل بذلك والا لزمه المسئلة الاولى واجيب بان ذلك يجوز
ان يكون على قوله الاول ولو كانت العين في يد ثالث والمسئلة بها اي وقت بينة
احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى فهما سواء يقضى بينهما نصفين عنه ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اولى لان الاطلاق
دعوى اولى الملك بدليل استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب فكان

فكان ملكا للاصل وملك الاصل اولى من التاريخ ولا يبي يوسف رح ان التاريخ يوجب
 الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولوية فالترجيح بالتيقن ولا يبي حنيفه رح
 ان التاريخ يضامه اي يزا حمله عدم التقدم لان الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ
 من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى اولوية الملك حكما ولا حق من حيث ان
 دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ واذا كان
 غير المؤرخ سابقا من وجه كان المؤرخ ايضا كذلك فاستويا في السبق والحق فجعل
 كأنهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التعريف
 التاريخ حالة الانفراد سائلا اعتبار **قوله** بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف رح
 ومعناه انهما لما اتفقا على معنى الشراء اتفقا على الحدود ولا بد للحدوث من التاريخ
 فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ **قوله** وان اقام الخارج
 وصاحب البذر ان اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة بالتناج فذواليد اولى
 وهو استحسان وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر
 استحقا فام بينة ذى اليد لان الخارج يثبت بها اولوية الملك بالتناج واستحقاق الملك
 الثابت لذى اليد بظاهريده وذواليد لا يثبت بها استحقا الملك الثابت للخارج بوجه ما
 ووجه الاستحسان ان بينة ذى اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو الاولوية بالتناج
 كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك قبل القضاء
 بها للخارج او بعده واما قبله فظاهر وما بعده فلان ذا اليد لم يصرمقضا عليه لان بينته في نفس الامر
 دافعة لبينة الخارج لان التناج لا يتكرر فاذا ظهرت بينته دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى
 حجة فلا يكون معتبرا واعلم ان بينة ذى اليد انما تترجح على بينة الخارج اذ الم يدع الخارج
 على ذى اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن واما اذا ادعى ذلك فبينته
 للخارج اولى لان ذا اليد يثبت بينته ما هو ثابت بظاهريده من وجه وهو اصل الملك والخارج

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

ثبت الفعل وهو غير ثابت أصلاً فكانت أكثر اثباتها هي أولى قوله وهذا أي ما ذكرنا من القضاء
لذی البد هو الصحيح واليه ذهب مائة المشائخ خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان أنه دلتها تترت
البستان وبترك في بد ذی البد لا على طريق القضاء لأن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين
لأن نتائج دابة من دابتين غير متصور كمسئلة كوفة ومكة ووجه صحة ذلك أن محمداً ح ذكر
في خارجين أقام البينة على النتائج أنه يقضي بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان
بترك في بد ذی البد والجواب من قوله القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا
في شهادة الفريقين على المملكين بأن كل واحد منهما اعتمد سبباً ظاهراً طلقاً لإدعاء الشهادة
بناءً على أن الشهادة على النتائج ليست بمعينة للانفصال عن الأم بل بروية الفصل
بنوع النافذة والفائدة تظهر في التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وصنده يستحلف
ولو تلقى كل واحد من الخارج وذی البد الملك من رجل فكان هناك بائعان وأقام
البينة على النتائج هند من تلقى منه فهو بمنزلة أقامتها على النتائج في يد نفسه فيقضي به
لذی البد كان البائعين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فانه يقضي ثمة لصاحب اليد كذلك
ههنا ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتائج فصاحب النتائج أولى خارجاً
كان أو ذا بدلان بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت الآخر إلا بالتلقي من جهته وكذا
إذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتائج أولى لما ذكرنا أنها تدل على أولية الملك
فلا يثبت التلقي الآخر إلا من جهته ولو قضى بالنتائج لذی البد ثم أقام الثالث البينة
على النتائج يقضي له إلا أن يعيدها ذا البدلان الثالث لم يصرمقضاً عليه بملك القضية
لأن المتقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقضي بثبوتها في حق آخر
فإن أعاد ذو اليد بينة قضى له بها فقد يما البينة ذی البد على بينة الخارج في النتائج وإن لم يعد
قضى بها الثالث وكذا المتقضي عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتائج تقبل
وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص في دلالة على الأولية قطعاً فكان القضاء واقعاً على خلافه

خلافه كالتضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لصبر ورته
مقضيا عليه بالملك وجوابه انه لم يصرم مقضيا عليه لان باقائه البينة على النتائج تبين ان الدافع لبينة
المدعي كان موجودا والقضاء كان خطأ فاني يكون مقضيا عليه فان قبل القضاء ببينة الخارج
مع بينة ذي اليد على النتائج فمجهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي
ان لا ينتقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد اجيب بان قضاءه انما يكون عن
اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج
عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم
ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول **قوله** وكذلك
النسج في الثياب النبي لا ينسج الامرة قد تقدم ان القياس ما ذهب اليه ابن ابي ليلى
ان بينة الخارج اولى في النتائج من بينة ذي اليد وما ذهبنا اليه استحسان ترك به القياس
بما روي جابر رضي الله عنه ان رجلا ادعى ناقة في يدرجل واقام البينة انها ناقته نتجتها
واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجتها فقضى رسول الله عليه السلام بها للذي هي في يده
فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه فما يتكرر من اسباب الملك اذا ادعاه
به كان كدعوى النتائج كما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى
رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى
جبنه انه ملكه صنعه في ملكه اوليد ابائه صنعه او مزرعى وهي كالصوف تحت شعر العنز وصوفا
مجزوزا بانه ملكه جزءه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام
بينة فانه يقضى بذى اليد لانه في معنى النتائج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما تكرر
من ذلك قضى به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خز قبل
هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خز او ادعى
دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى فرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعه

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

اوحبا من المحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة
قضي به للخارج لانها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخبز فلما نقلناه واما في الباقي
فان البناء يكون مرة بعد مرة اخرى وكذلك الغرس والحنطة والمحبوب يزرع ثم يغربل التراب
فيتم المحبوب ثم يزرع ثانية واذا لم يكن في معناه لم يلحق به فان اشكل شيء لا يتيقن
بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى العدول من اهل الخبرة ويبنى الحكم عليه قال الله تعالى
فَاسْأَلُوا أَهْلَ الدِّكْرِ اِنَّ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ فان اشكل على اهل الخبرة قضي به للخارج
لان القضاء بينة هو الاصل والعدول كان بخبر النتاج لما روينا فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل
قوله واذا اقام الخارج البينة على الملك واذا اقام الخارج على الملك وذو اليد
على الشراء منه وذو اليد اولى لان الخارج ان كان يدعي اولى الملك فذو اليد تلقى منه
ولا تنافي في هذا انصار كما لو اتر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه واذا اقام
الخارج البينة انه اشتراها من ذي اليد واقامها ذو اليد انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ
معهما تاترتا وتركت في يد ذي اليد قال المصنف ربح هذا عندا بيمينه وايوسف ورحمهما الله
وقال محمد ربح يقضي لهما الا مكان العمل بهما وذلك بان يجعل كان ذا اليد قد اشتراها
من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر ولا ينعكس الامر
اي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد او لا ثم باعه اياه لان ذلك يستلزم البيع
قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار
من المشتري بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاثر بالاجماع كذا
ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك يعني ان السبب اذا كان مفيد الحكم كان معتبرا
والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذى اليد الا بملك مستحق
للخارج لا انا اذا قضينا بينة ذي اليد انما يقضي ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب
مفيد الحكم بالنسبة اليه فبقي القضاء له بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهدت البينتان على

على نقد الثمن فالألف بالألف فصاص عندهما إذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون
من كل جانب وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذنب محمد ر ح للوجوب عنده
فإن البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فينقاص الوجوب
بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تها تزا بالاجماع لكن على اختلاف التخييم
فعندهما باعتبار أن دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا
الافرار تها تر الشهود فكذلك ههنا * وعند محمد ر ح باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز
لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والآخر
لاحقا وإذا جاز البيعان ولم يكن احدهما أولى من الآخر في القبول تساقطت بقية العين
على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله لأن الجمع غير ممكن لأن الجمع عبارة
عن إمكان العمل بهما وههنا لم يمكن وإن وقت البيعتان في العقار وقتين فاما ان يكون
وقت الخارج اسبق او وقت ذى اليد وكل منهما على وجهين اما ان يشهدوا بالقبض
اولا فان كان وقت الخارج اسبق فان لم يشهدوا بالقبض قضى بها لذى اليد عند البيخيفة
وأي يوسف رحمهما الله فيجعل كان الخارج اشترى اولاً ثم باع قبل القبض من صاحب
اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد ر ح يقضى بها للخارج لعدم صحة البيع قبل
القبض عنده فبقي على ملكه وان شهدوا بالقبض يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لانه
يجعل ان الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وذاك صحيح على القولين جميعا وان كان
وقت ذى اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين يعني سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا
اما اذا شهدوا به فلا اشكال واما ان لم يشهدوا فيجعل كان ذى اليد اشتراه وقبض ثم باع
من الخارج فيؤمر بالتسليم اليه والمصنف ر ح جمع الوجهين في قوله فيجعل كانه اشتراه
ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم اثبات القبض او سلم ثم وصل اليه بسبب
آخر من عارية او اجارة باعتبار اثبات القبض **قوله** وان اقام احدا المدعين شاهدين

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

والآخرا ربعة وان اقام احدا المدعين شاهدين والآخرا ربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهد بن علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها الا يرى ان خبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية اخرى لان كل واحدة منهما علة بنفسها والمنسبر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادية تترجح على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا تترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عددين صاب كامل **قوله** وان كانت الدار في يد رجل اذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميع الدار والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب اجمع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا بطريق المنازعة وعندهما هي بينهما اثلاثا اعتبارا بطريق العول والمصارفة والاصل في ذلك ان عند ابي حنيفة رح ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه * والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا والموصى له باكثر من الثلث * وعندهما ان قسمة العين مثنى وجبت بسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومثنى وجبت لاسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي آخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا * فعلى هذا امكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والاتفاق * فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة * اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة * ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي اما على اصله ولانه ليس بسبب صحيح

لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فيحول بالشراء الى المبيع * ومما افتروا فيه مسئلتا نعلي اصل التخييفه رح سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فام تكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة * فنقول مدعى النصف لادعوى لدى النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد اقاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فجعل اصحاب الجميع ثلثة ارباع الدار ومدعى النصف الربع وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعين في العين على معنى ان حق كل منهما شائع فيها فبا من جزء الاوصاب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعى النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واعداد لا تحتملها المختصرات قال المصنف رح وقد ذكرناها في الزادات فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وينصفه عند اجازة الورثة ومن اعدادها العبد الماذون له المشترك اذا ادعى احد المولىين مائة درهم واجنبي مائتي درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولىين والمدين والاجنبي عند ابي حنيفة رح بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا فذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج **قوله** ولو كانت دار في ايديهما الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعين ينصرف الى ما في يده لئلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد فان كانت الدار في ايديهما فمدعى النصف لا يدعي على الآخر شيئا ومدعى الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان اقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذى اليد

وبينة الخارج أولى فقصي له بذلك ونصفها لآعلى وجه القضاء وهو الذي كان بيده
لأن صاحبه لم يدعيه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده **قوله** وإذا تنازع في دابة
إذا تنازع اثنان في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها تجت عنده وذكر آثار بخاوسن
الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة
الحال له فيترجح وإن أشكل ذلك كانت بينهما نصفين لأنه سقط التوقيت وصار كأنهما
أقاما هاتين الدابتين لهما هذا إذا كانا خارجين وإن كان أحدهما ذا اليد فإن وافق سن الدابة
تاريخه أو أشكل قضى به الذي اليد أما المظهور علامة الصدق في شهوده أو سقوط اعتبار
التوقيت بالاشكال وإن كان سن الدابة بين وقت الخارج وذى اليد قال عامة
المشائخ تهافت البيتان كذا ذكره الحاكم لأنه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول
الشهادة حالة الأفراد فيمنع حالة الاجتماع فترك الدابة في يد من هي بيده قضاء ترك
كأنهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الأصح ما قاله محمد ربح من الجواب وهو أن يكون
الدابة بينهما في الفصلين يعني في ما إذا كانت سن الدابة مشكلة وفي ما إذا كانت على
غير الوقتين في دعوى الخارجين أما إذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك إن كانت
على غير الوقتين لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتبار إبطال حقهما
فسقط اعتبار ذلك الوقت أصلاً وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا
في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين * وهذا لا نألو اعتبرنا التوقيت بطلت البيتان وهي
في يد ذى اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاتها على ذى اليد فكيف يترك في يده
مع قيام حجة الاستحقاق * وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد ربح أنه قال
إذا كان سن الدابة مشكلاً يقضى بينهما نصفين وإن كان مخالفاً للوقتين لا يقضى لهما
شيء وترك في يد ذى اليد قضاء ترك فكانهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الأصح وقوله
ينظر إلى المقصود هما ليس بشيء لأن المقصود المدعى ليس بمعبر في الدعوى بل بالحجة والاتفاق

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع بالأيدي)

واتفاق الفريقين على استحقا فهما على ذى اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب واذا كان عبدا في يدرجل واقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والاخر بوديعة فهما سواء لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

* فصل في التنازع بالأيدي *

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاها اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا اقامت البينة لا يلتفت الى اليد **قوله** واذا تنازع عا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجاءها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر لان الركوب يختص بالملك يعني غالباً وكذا اذا كان احدهما راكباً في السرج والاخر رديفه فالراكب في السرج اولى لما ذكرنا ونقل الناطقي هذه الرواية من النوادر وما في ظاهر الرواية فنهى بينهما نصفاً بخلاف ما اذا كانا راكبين يعني في السرج فانها بينهما قولاً واحداً لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازع عا في بعير ولا حد هما عليه حمل فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازع عا في قميص احدهما لابس والاخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفاً ولهذا يصير به غاصباً ولو تنازع عا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به او كانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق القضاء لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون بداً عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يد عبائه على السواء فيترك في ايديهما * وبهذا فرق بينه وبين الدار اذا ادعاهما ساكنها حيث لم يقض بها بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم لانها بعد ان كانت في مكانها الذي ثبت بد المختطاط فيه عليها لم يتحول الى محل آخر فكان يده ثابتة عليها حكماً ولم يعلم به القاضي وجهالة ذى اليد لا يجوز القضاء لغيره

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع الايدي)

لان شرط جواز العلم بان المدعى ليس في يد غير المدعين ولم يوجد واذا كان ثوب
في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحججة فان
كل واحد منهما مستمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب
الرجحان كما لو اقام احدهما شاهدين والاخر اربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين
مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحججة فان الحججة هي اليد والزيادة هي
الاستعمال واذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه فلا يخلو اما ان يكون الصبي ممن
يعبر عن نفسه او لا فان كان الاول فان لم ينف فهو عبد ذى اليد وان نفاه فقال انا حر
فالقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون في يد نفسه وان قال انا عبد فلان
غير ذى اليد فهو عبد لذى اليد لانه اقرب بانه لا يدل على نفسه باقراره بالرق فبالرق
من المضار لا صحالة واقواله فيها غير موجبة كالطلاق والعناق والهبة والاقرار بالدين واجيب
بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذى اليد الا ان عند معارضته اياه بدعوى الحرية
لا تقريده عليه وعند عدما تتقرر فيكون القول ح قوله في رقه كالذمي لا يعقل اذا كان
في يده وان كان الثاني فهو عبد للذمي في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع
لا يدل على نفسه واعتراض بان الملتقط اذا ادعى رقا لقيط لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون
عبده وبان الرق من العوارض اذا اصل الحرية وهو يدفع العارض فكان الواجب ان
لا يصدق ذو اليد الانحجة واجيب عن الاول بان فرض الالتقاط يضعف اليد لان الملتقط
امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت
بها الرق وعن الثاني بان الاصل ترك دليل يدل على خلافه واليد على من ذلك
شانه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبروا دعوى الحرية لم يكن
القول قوله لظهور الرق عليه في حال صغره **قوله** واذا كان الحائط لرجل واذا كان الحائط
لرجل عليه جذوع او متصل بينائه والاخر عليه هراوي جمع هردية وهي قصبات يضم

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع بالأيدي)

يضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب عن الليث يقال له بالفارسية دروك فهو أي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والاخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازع فيها ولا حد هما عليها حمل والاخر كوز معاق بها والمراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل بيناهم داخله لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد سمي اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجران يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخله في انصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساحة احدهما مركبة في الاخرى واما اذا انقبض فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط ومن هذا يعلم ان من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازمة وعند التعارض اتصال التربيع اولى وقوله الهراذي ليست بشيء يعني قول محمد ربح في الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار للهراذي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهراذي والبواري وانما يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط ولا حد هما عليه هراذي وليس للاخر عليه شيء قضى به بينهما ومعناه اذا عرف كونه في ايديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يديه يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما لانه يقضى بينهما ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلثة فهو بينهما لا يستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة لان الزيادة من جنس الحجية فان الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى لاكثر منها وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة والاخر موضع جذوعه في رواية كتاب الاقرار حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الا جذاع ولصاحب القليل ماتحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر مبني وقد اشار اليه المصنف ربح وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ماتحت

(كتاب الدعوى — ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع بالابدي *)

خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما الاستواء هما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ابيات كما ذكره وقبل يكون ذلك على قدر خشبتهما وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع اتقبل الاول * واكثرهم على انه يقتضي به لصاحب الكثير لان الحائط ينسب لعشرة خشبات لا الخشبة واحدة **قوله** والقياس رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الى آخره يعني ان ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحاجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ووجه الرواية الثانية وهو قوله لكل واحد منهما ماتحت خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال ووجه الاول ان الحائط ينسب لوضع الكثير دون الواحد والمتى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فلا يستحق به رفع الخشبة لموضوعه اذ من الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم ان ما اختاره المصنف رح من جعل الجذعين كجذع واحد وهو قول بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما ينادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبان بمنزلة الثالث لا مكان التسقيف بهما ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال وعلى الاول وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التبريع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه فالاول اولى لانه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى ومن رجع شمس الائمة السرخسي ويروي ان الثاني

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع بالأيدي)

الثاني أولى لان الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه
القضاء بكله لعدم القائل بالاشتراك ثم يبقى للأخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر
ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها لكونها حجة مطلقة وهذه
رواية الطحاوي وصححها المهرجاني ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان
صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشائخ وهكذا روي عن أبي يوسف فرح
في الامالي واذا كان في يدرجل عشرة ابيات من دار وفي يد آخر بيت واحد
فالساحة بينهما نصفان لا ستوا لهما في الاستعمال وهو المروور وصب الوضوء وكسر
الخطب ووضع الامتعة وغيرها ولا معتبر بكون احدهما خراجاً ولا جادون الآخر
لانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطوبى بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما
جميع الثوب وفي يد الآخر هدب حيث يلغى جانب صاحب الهدب * واذا تنازعا في مقدار الشرب
حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي * وبين مانحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة
واجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه اسماً للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما
والآخر كالا جنبي عنه فالغني * والشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فبكثره الاراضي
كثر الاحتياج اليه الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه * واما في الساحة فالا احتياج الارباب
وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقة حيث
يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار **قوله** واذا ادعى رجلان ارضاً ادعى رجلان
ارضاً كل واحد منهما ادعى انها في يده لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما
حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد حق مقصود فلا يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم
وحيث كانت غير مشاهدة لتعذرا حضارها لا بد من البينة لانها ثبت ما غاب عن المشاهدة
وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة فان قيل البينة تقام على خصم وحيث
لم يثبت انها في يد الآخر فليس بخصم اجيب بانه خصم باعتبار تنازعه في اليد ومن كان

(كتاب الدعوى — * باب دعوى النسب *)

خصما للغير باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وقد اُشير الى ذلك بقوله لان اليد حق متصور معنى فيجوز ان يكون مدعيه خصما فان اقاما البينة جعلت في ايديهما التقييم الحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشائخنا هذا قول ابي حنيفة ر ح وقال لا يقسم بينهما بناء على مسألة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهم ما اذا كانت الدار في ايدي ورثة حضور كما اقر واعند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من القاضي ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وتركها ميراثا لهم * وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقسمها بينهم باقرارهم ويشهدانه انما قسمها بينهم باقرارهم * ومنهم من قال المذكور هنا قول الكل لان القسمة نوعان * قسمة لحق الملك للمليك المنفعة * وقسمة لحق اليد لاجل التحفظ والصيانة والعثار غير محتاجة الى التحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لان العثار غير محتاجة الى ذلك فان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احد هما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله * واذا ادا عيارضا صحرا عنها بايديهما يعني كل واحد منهما بدعي ذلك واحد هما قد لين فيها الوثنى او حفر نهى في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب

* باب دعوى النسب *

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكره **قوله** واذا باع جارية فجاءت بولد اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية لمبيعة او المشتري فاما ان جاءت به لافل من ستة اشهر من وقت البيع ولا اكثر من

من سنتين او لمابين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعى معا او على التعاقب فان جاءت بدلائل من سنة اشهر وقد ادعى البائع وحده فهو ابن البائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى دعوته باطله لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه منافضا فلا يسمع دعواه كما لو قال كنت اعبقتها او دبرتها قبل ان ابيعها واذ لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب اذ لا نسب في التجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان اننا نتقنا باتصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذاك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها **قوله** وصبنى النسب على الخداء جواب عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له انه منه فيعنى فيه التناقض ولا كذلك العتق والتدبير وصار كالمرأة اذا اقامت البينة بعد الخلع على ان الزوج كان طلقها نكاحا اذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن ان كان منقودا الا انه قبضه بغير حق وان ادعى المشتري وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري * وان ادعى معا يثبت النسب من البائع عندنا لان دعوته اسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير فان اصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاء لاقتصار الاولى على الحال دون الثانية فكان البائع اولى **قوله** وهذه دعوة استيلاء جواب دخل تقريره كيف يصح الدعوة والملك معدوم ووجه انهاء دعوة استيلاء وهي لا يفتقر الى قيام الملك في الحال لانه يستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وكذلك ان ادعى المشتري بعد البائع لاستغناء

(كتاب الدعوى — *باب دعوى النسب*)

الولد ح عن النسب وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما ان يصدقه المشتري
اولا فان كان الثاني فلا يصح دعوة البائع لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق
بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح حملا
لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانا نيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة
العتق في حق الولد ولا حقه في الام فلا تصبر ام الولد فاذا لم تصرام ولده بقي الدعوة
في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله والبائع ليس بمالك * وان ادعاه المشتري
وحده صح دعوته * وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري لان البائع كالاجنبي
وان جاءت به بين المدتين فاما ان يصدقه المشتري اولا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة
البائع فيد لاحتمال ان لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة وان صدقه المشتري
يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولده كما في المسئلة الاولى لتصاقهما
واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان دعوته صحيحة
حالة الانفراد في ما لا يحتمل العلوق في ملكه ففي ما يحتمله الاولى ويكون دعوته دعوة
استيلاء حتى يكون الولد حرا الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه
ممكن * وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري الاولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي * هذا
اذا كانت المدة معلومة اما اذا لم يعلم بانها ولدت بعد البيع لاقل من اقل مدة الحمل
اولا اكثر من اكثرها ولما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا * فدعوة البائع وحده لا يصح
بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه * ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال
كون العلوق في ملك البائع ان جاءت به لاقل المدة لا يمنع دعوة المشتري * وان ادعياه
معا لم يصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبد للمشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة
كان النسب للبائع * وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك
في ثبوته فلا يثبت فان قيل في جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في وجه

في وجه واحد فكان المشتري أولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العادة فلا يكون معتبرا * وان
 ادعاء متعاقبان سبق المشتري صحته دعوته وان سبق البائع لم يصح دعوة واحد
 منهما بوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما **قوله** فان مات الولد فادعاء
 البائع * الاصل في هذه ان اذا حدث في الولد ما لا يلحقه النسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة ينفي
 ثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فاعادة البائع وقد جاءت بدلائل من ستة اشهر لم يثبت
 الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك
 فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاء البائع وقد جاءت بدلائل من ستة اشهر
 ثبت نسب الولد وحده لانه اصل لاضافتها اليه حيث يقال ام الولد واستفادتها الحرية
 من جهته لقوله عليه السلام اعقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم
 من رسول الله عليه الصلوة والسلام الا يعتقها ولان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها
 والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبع ويرد
 الثمن كله في قول ابي حنيفة ر ح وقال ترد حصة الولد ولا ترد حصة الام وهذا بناء على
 ان مالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة
 فيضمنها وذكرا لمصنف ر ح رواية الجامع الصغير اعلا ما بان حكم الاعاق في مانحن
 فيه حكم الموت فاذا اعتق المشتري الام وادعى البائع الولد فهو ابنه يرث عليه بحصته
 من الثمن يقسم الثمن على قيمة الام والولد فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب
 الولد سقط عنه عندهما وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سذكروا ولو كان المشتري اعتق
 الولد فدعوته باطلة اذ لم يصدقه المشتري في دعواه وذكرا لفرق استظهار افانه كان معلوما
 من مسئلة الموت والاصل في هذا الباب اعني به ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد
 هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب والام تابعة له في ذلك كما مر في الفصل الاول
 يعني في ما اعتق المشتري الام قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في التبع

(كتاب الدعوى — *باب دعوى النسب*)

وهو الام فلا يمنع ثبوته في الاصل وهو الولد فان قيل اذا لم يمنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه بيقين لان الكلام في ما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة امه ام ولد للبائع فكان ينبغي ان يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب بقوله وليس من ضروراته اي ليس ثبوت الاستيلاء في حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانها كما عنه كما في ولد المغرور وهو ما اذا اشترى الرجل امه من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها فاستحققت فانه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من ابيه وليست امه ام ولد لايه وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا هي امه وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع انه ولده قام المانع بالاصل وهو الولد فيمنع ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاء فيه وفي التبع **قوله** وانما كان الاعتاق مانعا ببيان لما نعى عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ومعناه ان الاعتاق من المشتري كحق استحقاق النسب في الولد وحق الاستيلاء في الام في ان كل واحد منهما لا يحتمل النقص فليس لفعل احد هما على فعل الآخر ترجيح من هذا الوجه ورد بما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد اقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى واجيب بان التوأمين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما والحكم بصيرورته حرا الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل ان يقول اذا كانا كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزم ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيًا في نقض ما تم من جهته

أجيب بأنه غير مقصود فلامعتبر به **قوله** ثم الثابت بيان ترجيح الاعتاق على الاستحقاق
 فان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبائع في الولد حق الدعوة وفي الام
 حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو
 فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقة واجيب بأنه
 ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الفرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما
 تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان منها
 على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت
 عن درجة الحقائق فقلنا يأخذ بالقيمة جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل
 النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك **قوله** وقوله
 في الفصل الاول يريد به ان ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري الام
 فهو ابنة يرد عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعندة يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا
 في فصل الموت وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة في المبسوط وقاضي خان
 والمحجوبي انه يرد بما يخص الولد من الثمن بخلاف الموت وفرقوا بينهما بان في الاعتاق
 كذب القاضي البائع في ما زعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يبق
 لزعمة عبرة واما فصل الموت فبموتها لم يجز الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه
 معتبرا في حقه فرد جميع الثمن والذي اختاره المصنف رح هو ما ذكره شمس الائمة
 في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصول
 وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية وهذا لم يبطل اعتاق المشتري قيل الواجب
 ان لا يكون للولد حصته من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصته للولد الحادث
 بعد القبض واجيب بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث
 قبل القبض وما هو كذلك فله حصته من الثمن اذا استهلك البائع وقد استهلكه بالدموة

(كتاب الدعوى — * باب دعوى النسب *)

قوله ومن باع عبدا ولد عنده والاصل في هذا انه اذا حدث في الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوى فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه وبطل البيع لاحتماله النقص وما للبائع من حق الدعوى لا يحتمل فينقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد ورهنه او آجره او كاتب الام ورهنها او زوجها ثم كانت الدعوى لان هذه العوارض تحتل النقص فتتقضى لاجل ما لا يحتمل بخلاف الاعناق والتدبير لما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولاد عاهه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص فصار كما عاقه ولقائل ان يقول الثابت بالاعتق حقيقة الحرية والدعوى حقها فاني بتساويان واما الدعوى من المشتري ومن البائع فمتساويتان في ان الثابت بهما حق الحرية فابن المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين العتق والدعوى في عدم احتمال النقص وذلك ثابت البتة وترجيح دعوى المشتري على دعوى البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب في وقت لامر احم له فلا حاجة الى الثانية **قوله** ومن ادعى نسب احد التوأمين يثبت نسبهما منه وكلامه فيه ظاهر وذكر رواية الجماع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري قال شمس الاثنية يجوز ان يقال غلامان توأم وتوأمان وقوله وبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام فيه سواء اوجوا بخلاف ما اذا كان الولد واحد الان هناك يبطل العتق فيه مقصودا يعني على تقدير تصحيح الدعوى من البائع وقد تقدم ان حق الدعوى لا يعارض الاعتاق وهذا في مسألة التوأمين يثبت بطلان اعتاق المشتري في المشتري تبع الحرية فيه حرية الاصل لا حرية التحرير فضمير لحرية راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير للمشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحرية

لحريته وانما ابدل به اشارة الى سبقها اليقين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محلا فكان خليقا بالرد والابطال ولو لم يكن اصل العلوق في ملك المدعي ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع في ما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجازا لقوله هذا حر دعوة تحرير ولو قال لاحد التوامين هذا حر كان تحرير مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير ونقض بما اذا اشترى الرجل اخدا التوامين وابوه الآخرفاد عن احد هما الذي في يده انه ابنه ثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم يقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه واجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو ان المدعي ان كان هو الاب فالابن قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب قد ملك حافدة فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير **قوله** واذا كان الصبي في يد رجل اذا كان الصبي في يد رجل اقر انه ابن عبده فلان او ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لاحالا ولا مستقبلا * اما حال اظهار لوجود المانع وهو تعلق حق الغير * واما استقبالا فلان الغائب لا يخلو حاله عن ثلث اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة المقر له فبقي اقراره وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عند ابي حنيفة رح خلا فالحما فالالاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا اكره على الاقرار بنسب عبد فاقربه لا يثبت وكذا الوهزل به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصا ركانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه فصا ركانا اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته فان الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا صدق لانه يدعي بعد ذلك نسبنا بتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملا عنه فانه لا يثبت نسبه

(كتاب الدعوى — *باب دعوى النسب*)

من غير الملا من لا حتمال تكذيب نفسه ولا بي حنفية رح ان النسب مما لا يحتمل النقص بعد نبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالأقرار به لا يرتد بالرد لان الأقرار به يتضمن شيئين خروج المقر عن الرجوع في ما اقرب له عدم احتمال النقص كالأقرار بالطلاق والعناق وتعاق حق المقر له بذلك وتكذيب العبد لا يبطل شيئاً منهما * اما الاول فلان تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا * واما الثاني فلانه ليس حقه على الخلو بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر الامام فخر الاسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة او فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فانها لا تصح وكذلك اورد هـ المصنف رح و ذكر الاسي جابي انه على الخلاف لا يقبل عند ابي حنفية رح خلافا لهما قوله ومسئلة الولاء جواب عن استشهادهما بانها على الخلاف فلا ينتهض شاهد سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعراض الاقوى كجبر الولاء من جانب الام الى جانب الاب وصورته معروفة وانما لا يبطل اذا تقرر سببه ولم يتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ما هو اقوى وهو دعوى المشتري لان الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادا لمحلله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على ما مر ان النسب مما لا يحتمل النقص وهذا يصلح مخرجا اي حيلة على اصل ابي حنفية رح فيمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيرة **قوله** واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبيد فيهما بن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح اينما كان والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض ههنا لان النظر للصبي واجب ونظرة في ما ذكرنا او فرلانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام ما لا ادلائل الوحدة انية ظاهرة في عكسه الحكم بالاسلام اي ينال الحكم به تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها ولنا ائله ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من

من مُشركٍ ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الإلْف بالدين مانع قوي الا يرى
الى كثر آبائه مع دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضائنه ان الذميمة احق بولدها المسلم
ما لم يعقل الا ديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن
ان يجاب عنه بان قوله تعالى اُدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ يوجب دعوة الاولاد لا بائهم ومدعى
النسب اب لان دعوته لا يحتمل النقص فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على
المرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت اقوى من المانع وكفر الآباء جحود والاصل عدمه
الا يرى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضائنه لا يلزم رفق فيقلع منها بخلاف
ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لامحالة هذا والله اعلم بالصواب

ولو كانت دعوتهم ادعوة النبوة فالمسلم اولى ترجيحاً للاسلام وهو اوفر النظرين ونوقض بغلام
نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام
كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوى الدعوتان في البينة ولم يترجح جانب الاسلام واجيب
بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بغراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه
يثبت حقاً لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعبر بعدم الاب
المعروف والوالدان لا يعبران بعدم الولد وبينه من يثبت حقاً لنفسه اولى وفيه نظر لانه
اضعف من الاسلام في الترجيح لامحالة والجواب انه يقوى بقوله عليه السلام البينة
على المدعي لانه اشبه المدعين لكونه يدعي حقاً لنفسه **قوله** واذا ادعت امرأة صبياً
اذا ادعت المرأة صبياً انه ابنها فاما ان تكون ذات زوج او معتدة او لا منكوحة ولا معتدة
فاذا كانت ذات زوج وصدقتها في ما زعمت انه ابنها منه يثبت النسب منهما بالتزامه
فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأه لانها تدعي
تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بالحجة وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها
وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالغراش القائم وقد صح ان النبي عليه الصلوة والسلام

(كتاب الدعوى — باب دعوى النسب*)

قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة
 عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا اذا كان هناك حبل ظاهر واعتراف من قبل
 الزوج وقال يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر في الطلاق وان لم تكن
 ذات زوج ولا معتدة قالوا ثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاماً على نفسها
 دون غيرها وفي هذا الفرق بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت
 ذات زوج اولا* والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امر الا يمكن اثباته بالبينة
 كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي امر ايمكنه اثباته بالبينة لا يقبل
 قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد
 فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج اليها
 والاول هو المختار لعدم التحميل على احد فيهما ولو كان الصبي في ايديهما اراد صبا
 لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر بالقول له ايها صديقك ثبتت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر
قوله ومن اشترى جارية فولدت ولدا ختم باب دعوى النسب بمسئلة واد المغرور
 والمغرور ومن وطئ امرأة معتمدة على ملك بمين او نكاح فولدت منه ثم تستحق الوالدة
 واد المغرور وحر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول ونقهاء الامصار ان ولد المغرور
 حر الاصل ولا خلاف انه مضمون على الاب وهو المشتري الا ان السلف اختلفوا
 في كنبته ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية
 يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال
 علي بن ابي طالب رضي الله عنه عاينه قيمتها واليه ذهب اصحابنا فانه قد ثبت بالنص
 ان الحبوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية
 بقيمة الجارية ولان النظر من الجانيين واجب د فعلا للضرر عنهما فجعل الولد حر الاصل
 في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظر الهمما **قوله** ثم الولد حاصل بيان لسبب الضمان وهو المنع

المنع لانه حاصل في يده من غير صنعه يعني من غير تعدد من كان كولد المغصوبة امانة لاتضمن
 الا بالمنع وتمهيد لا اعتبار بقيمة يوم الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الوالد لا يضمن الاب قيمته
 لانعدام المنع وانه لو ترك مالا لا يضمن ايضا لان المنع لم يتحقق لاعنه ولا عن بدل لانه لان الارث
 ليس ببديل عنه والمال لا يبه لانه حر الاصل في حقه فيرثه لا يقال ينبغي ان يكون المال
 مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق الاب رقيق في حق المدعي لانه علق حر الاصل
 في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء
 بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعد موضعها وانه لو قتله الاب ضمن قيمته لوجود المنع وكذا
 لو قتله غيره فاخذ ديتة لان سلامة بدله كسلامة نفسه له ومنع بدله كدفع نفسه فيغرم قيمته
 كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع
 والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه كما يرجع اب الولد بثمنه اي بشن
 المبيع وهو الام لان الغرور شملهما بخلاف العقر لانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء
 منافعها وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته والله اعلم

* كتاب الاقرار *

قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة
 والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه الى المدعى عليه فامره
 لا يخلو اما ان يقرأ وينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى
وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار
 او بالصلح فامر صاحب المال بما له لا يخلو اما ان يستريح منه او لا فان استريح منه فلا يخلو
 اما ان يستريح بغيره او بنفسه وقد ذكرنا استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي
 ذكرناها هنالك بما قبله وذكره هنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستريح فلا يخلو
 اما ان يحفظ بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي

(كتاب الافرار)

حفظه بغيره وهو الوديعه **قوله** واذا اقر البحر البالغ العاقل الافرار مشتق من القرار فكان
 في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزائلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن نبوت الحق
 وشروطه سند كوفي اثناء الكلام وحكمه انه ملزم على المقر ما اقرب له ولو تعدد دلالة على صدق المخبر به
 لان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول بقبوله عليه السلام
 الافرار والالزام به في باب الحد وانه عليه السلام رجم ماعزا باقراره والغامدية باعتبارها
 فانه اذا كان ملزما في ما يندري بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى وهو حجة
 قاصرة اما حجيته فلما تبين انه ملزم وغير الحجة غير ملزم واما قصورة فلعدم ولاية المقر
 على غيره وتحقيقه ان الافرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا والمحمتمل لا يصلح
 حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة في ما يقرب على نفسه والتهمة باقية
 في الافرار على غير فبقي على التردد الثاني لصلاحيته للحجة وشروط الحرية ليصح اقراره مطلقا
 فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الافرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال
 ويصح بالحد ودوالقصاص وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا اقر الحر * ولعله لا يحتاج اليه لانه قال
 اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزم اولم يلزم فساكت عنه
 فلا يرد عليه شيء فيصح ان يقال ليس بمعذرة وانما هولبيان التفرقة بين العبيد في صحة
 اقرارهم بالحد ودوالقصاص وحجر المحجور عن الافرار بالمال دون المأذون له * وقوله
 لان اقراره الخ دليل ذلك المجموع والضهير في اقراره للمحجور عليه اي اقرار المحجور عليه
 عهد موجبا تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة بخلاف
 المأذون له لانه مسلط على الافرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها
 وهودين التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ قد لا ينهيا لهم الاشهاد
 في كل تجارة يعملونها معه وبخلاف الحد ودوالقصاص لان العبد فيهما مبقى على اصل الحرية
 حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجنابة والجنابة بناء

بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لا تزول بالرق ولا بد من البلوغ والغفل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما فجها لتدلا تمنع صحته لان الاقرار اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزمه مجهولا بان التلغف ما لا يدري قيمته او يخرج جراحة لا يعلم ارشها وتبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه فالقرار قد يلزم مجهولا وعورض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد تلزم به مجهولة وليست بصحيحة واجيب بان العلم بالمشهد به شرط بالنص وانتفاءه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل ان يقول لك علي واحد من الف * واذا اقر بالمجهول يقال له يبين المجهول لانه المجهول فاليه البيان كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالباء التجارة وفي بعض النسخ لصريح اقراره وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له علي شيء لزمه ان يبين ماله قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل واذا بين ماله قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعد المقر له او لا فان ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان علي حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا اذا قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المعصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشائخ ما وراء النهر وقبل يصح وهو اختيار مشائخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري في ما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في نظرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت

(كتاب الاقرار)

مكذبة له في بيانه ولو بين في اقرار او في خمر المسلم صحيح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان فبهما فالجواب ان ذلك حقيقة وقد ترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة **قله** ولو قال لفلان علي مال اذا قل في اقراره لفلان علي مال فراجع البيان اليه لكونه المجدل ويقبل قوله في ما بين الا في مادون الدرهم والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال الشافعي رح هو مثل الاول وقلنا الغاء لوصف العظم فلا يجوز فلا بد من البيان بما يعد عظيم عند الناس والغنا عظيم عند الناس والغنا بالنصاب لانه يعد صاحبه غنيا فلا بد من البيان به * فان بين المال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا نفى الابل خمس وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكوة من جنسه وفي الدنانير بعشرين مثالا وفي الدراهم بمائتي درهم * وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يذكر محمد رح قول ابي حنيفة رح في الاصل في هذا الفصل وروى عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وروى عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عدد اوجب مراعاة اللفظ فيه فارجبنا العظم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكوة قال في النهاية والاصح على قوله ان بيني على حال المقر في الفقر والغنا فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة ولو قال اموال عظام فالتقدير في ثلثة نصب من اي نوع سماه اعتبارا لا دنى الجمع واذا قال درهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رح وفي اقل من مائتي درهم عندهما وفي اقل من ثلثة عند الشافعي رح وقال لان الكثرة امر اضافي تصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف فكم

فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بال عشرة
وباقل منه كما في السرقة والمهر على مذهبه وبالمائتين اخرى كالزكوة وجوبا وحرمانا
من اخذها وباكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها
اصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلثة وقال امكن العمل به لان في النصاب كثرة
حكمة فالعمل به اولى من الالغاء وقال ابو حنيفة رح الدراهم مميز يقع تمييز العدد
واقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تميزا هو العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد يقال احد عشر
درهما ومائة والف درهم فيكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف
اليه لان العمل بمبادل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى
غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلثة بالاتفاق لانها اقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف
فيه بخلاف المثنى لان بين اكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف
الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن
سبعة لكونه معتبرا في الشرع **قوله** ولو قال كذا كذا درهما كذا كناية عن العدد والاصل
في استعماله اعتبارا بالمفسر فماله نظير في الاعداد المفسرة حمل على اقل ما يكون من ذلك
النوع وما ليس له ذلك بطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له علي درهم واذا قال
كذا كذا كان كاحد عشرون **ثلاث** بغيره او لم يزد على ذلك لعدم النظير واذا قال كذا
وكذا كان احدا وعشرين وان **ثلثة** بالواو كان مائة واحدا وعشرين وان ربع يزداد عليهما الالف
ولو قال له علي او قبلي فهو اقرار بالدين لان علي للايجاب وقبلي يبنى عن الضمان
على ما مر في الكفالة ولو وصل المقر فيهما بتوله ودية صدق ويكون مجازا لايجاب حفظ
المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مقصولا قال المصنف رح
وفي نسخ المختصر يعني في مختصر القنوري في قوله قبلي انه اقرار بامانة لان اللفظ ينتظمهما
حيث صار قوله لاحق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما فيحمل

(كتاب الاقرار)

عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر اولاً ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية شرح مسائل الجامع الصغير والقدوري الا ان المذكور في الاصل هو الاصح فقدمه في الذكر ولو قال عندي او معي او في يدي او في بيتي او في كبسي او في صندوقي فهو اقرار بامانته في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده واليد تنوع الى امانته وضمان فيثبت اقلهما وهو الامانة ونوقض بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة دين فانه دين ولم يثبت اقلهما وهو الامانة واجيب بانه ذكر لفظين احدهما يوجب الدين والاخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهما لهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل الاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشيء لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال لرجل لي عليك الف درهم فقال اترنها وانتقدوها او اجلني بها او قد قضيتكها كان اقرارا بالمدعى لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور ولا فائدة اعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الاولين بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى فكأنه قال اترن الاف التي لك علي كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور لكونه مستقلا فكأنه قال اتعد وزانا للناس واكتسب المال واترك الدعوى الباطلة او نقاد او نقد للناس دراهمهم واما في قوله اجلني فلان التأجيل انما يكون في حق واجب واما في قد قضيتكها فان القضاء يتلوا الوجوب ودعوى البراء كدعوى القضاء لانه يتلوا الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او هبتها لي كان اقرارا لانه دعوى التملك وذلك يقتضي سابقة الوجوب واذا قال له علي الف درهم الى سنتي وقال المقر له بل هي حاله قال المقر له لان المقر اقر على نفسه وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق كما اذا اقر بعد في يده لغيره وادعى الاجارة لا يصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة في الدارهم فيلزم على الصفة التي اقر بها وقد مرت المسئلة في الكفالة و

ويستحلف المقر له على انكار الاجل لانه منكروا اليمين على من انكروا ان قال له علي مائة
ودرهم لرمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب او مائة وشاة لرمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع
في تفسير المائة اليه لانه هو المجمل وهو القياس في الدراهم ايضا وبه قال الشافعي رحمه الله لان المائة
مبهمة والمبهم يحتاج الى التفسير ولا تفسير له ههنا لان الدراهم معطوف عليها بالواو والعاطفة
وذلك ليس بتفسير لاقتضاء المعاصرة فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه
الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم استقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب
العددين والاستتقال في ما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه
وذلك في ما ثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة
في جميع المعاملات حاله ومؤجله ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب
لا يثبت في الذمة دينا الاسلاما والشاة لا تثبت في الذمة اصلا فلم يكثر كثرتها فبقي على
الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل لعدم صلاحية العطف
للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة
الى المقر لما بينا ان الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة
اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عدد من مبهمين واعقبهما تفسير اذ الاثواب
لم تذكر بحرف العطف حتى يدل على المعاصرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما
في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب جمع لا تصلح تمييزا للمائة لانهما اقترنت بالثلاثة
صار كعدد واحد **قوله** ومن اقر بتمري في قوصرة الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر
بشيئين احدهما ظرف للآخر فاما ان يذكرهما بكلمة في او بكلمة من فان كان الاول كقوله
غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتشديد والتخفيف وعاء التمرا وثوباني مندبل
او طعما في سفينة او حنطة في جوالق لزمالة لان غصبت الشيء وهو مظهر ولا يتحقق
بدون الظرف وان كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوباني مندبل وطعما من سفينة

(كتاب الافرار - *فصل*)

لم يلزم الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن اقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصلح ظرفا للاول لغا آخر كلامه ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمته الدابة خاصة يعني ان الافرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه الاضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وكذا اذا قال غصبت منه طعاما في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب و الاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد ربح يدخلان في ضمانه دخولهما في الافرار لانه يرى بغصب العقار والنصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف والحمالة بيت يزين بالثياب والاسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهي الخشبة وبقية كلامه تعلم من الاصل المذكور **قوله** لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب قيل هو منقوض على اصله بان قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير لزمه الكل عند محمد ربح مع ان عشرة اثواب حرير لا يجعل وعاء كرباس عادة **قوله** على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كان كل واحد منهما موعى بما حواه والوعاء الذي هو ليس بموعى هو ما كان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين اول كلامه محملا يعني ان يكون في بمعنى البين والوسط **قوله** لان الضرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا في زيادة المال وعشرة دراهم وزنا وان جعلته الف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وبافي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق

* فصل *

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحق بهامسئلة الخبار انبأما للمبسوط **قوله** ومن قال لحمل فلانة ملي الف درهم ومن اقر لحمل فلان فاما ان يبين

ان يبين سببا اولافان بين سببا فاما ان يكون سببا صالحا اولافان كان صالحا مثل ان يقول
 اوصى له فلان اومات ابوه فورثه فالأقرار صحيح لانه بين سببا لوعايتاه حكمنا به فكذا
 باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به
 في مدة يعلم فيها انه كان قائما اي موجودا وقت الاقرار بان ولدت لافل من ستة اشهر
 من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لاكثر الى سنتين وهي معتدة فكذاك واما اذا
 جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه وكذا اذا جاءت به ميتا فالمال للموصى
 والمورث حتى يقسم بين ورثته لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين
 بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرا
 وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى نفى الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ
 الانثيين وان كان السبب غير صالح مثل ان قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء
 لانه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولي عليه
 فان قيل كيف كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل
 ظهور كذب بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عددا او خطاء ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف
 ما اذا اقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك
 حكما بنائيه وهو القاضي او من يأذن له القاضي واذا تصور بالنائب جاز للمقر اضافة
 الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح
 وصحة محبذ رح لان الاقرار اذا صدر من اهله مضافا الى محله كان حجة بحج
 العمل بها ولا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المقر وضو وامكن اضافته الى المحل
 بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد الماذون له اذا اقر بدين
 فان اقراره وان احتل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا
 نصحيحا لكلام العاقل ولا يبي يوسف رح ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة

كتاب الاقرار — * باب الاستثناء وما في معناه *

ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتناوضين عليه فاخذ به الشريك الآخر والعبد في حاله رقه
 فيصير بدلالة العرف كالتصريح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له
 وجهها صحيحا بان الجارية كانت لواحد اوصى بحملها لرجل ومات والمقروا ورث
 الجارية عالما بوصية مورثه واذ اصح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث في هذه
 الصورة لان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل ايضا ومن اقر لرجل بشيء
 على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام فالأقرار صحيح يلزم به ما اقر به لوجود الصيغة الملزمة
 وهي قوله علي ونحوه والخيار باطل لان الخيار للنسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر
 ان كان صادقا بطل بقتل الواقع فلا معتبر باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يغير باختياره
 وعدم اختياره وانما تأثيره في العقود لتغيره صفة العقد وتغييره بين فسخه وامضائه

* باب الاستثناء وما في معناه *

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجهه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه
 تغييرا وهو الشرط * والاستثناء استفعال من الشيء وهو الصرف * وهو متصل وهو الاخراج والنكلم
 بالباقي * ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه **قوله** ومن استثنى متصلا باقراره ومن استثنى
 متصلا باقراره صح استثناءه ولزمه الباقي اما لزوم الباقي فلان الاستثناء مع الجملة
 اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة الادرهما معنى قوله علي تسعة
 لما عرف في الاصول * واما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس
 رضي الله عنه جواز التأخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول ولا فصل بين كون المستثنى
 اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم ينكلم
 بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قُمْ اللَّيْلُ إِلَّا قَلِيلًا نَّصَفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا أَوْ زِدْ عَلَيْهِ
 واستثناء الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثبوت ولا حاصل بعد الكل فيكون
 رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار

الاقرار وبطل الاستثناء هذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ واما اذا كان بغير ذلك اللفظ
 فانه يصح قال المصنف في الباب الاول من ايمان الزيادات استثناء الكل من الكل
 انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ واما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما اذا قال
 نسائي طوالت الانساني لا يصح الاستثناء ولو قال الاغمرة وزينب وسعد حتى اتى على الكل
 صح قبل وتحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالحاصل
 بعد الثبوت لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه في ما سواه لا لا م يرجع الى اللفظ فبالنظر الى
 ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما يتناول الصدر والامتناع من خارج بخلاف
 ما اذا كان بعين ذلك اللفظ فانه لا يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثبوتان قبل هذا ترجيح
 اللفظ على المعنى واهمال المعنى رأسا فمواجه ذلك اجيب بان الاستثناء تصرف لفظي
 الا يرى انه اذا قال انت طالق ست تطبيقات الاربع اصح الاستثناء ووقعت طلقتان وان كان
 الست لاصحة لهما من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلث ومع هذا لا يجعل كانه
 قال انت طالق ثلثا الاربع فكان اعتبارا اولي ولو قال له علي ما تدرهم الدينار والا فغير
 حنطه صح عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ولزمه ما تدرهم الدينار او القفيز خلافا
 لمحمد رح ولو قال له علي ما تدرهم الاثوب لم يصح الاستثناء عندنا خلافا للشافعي رح وقوله فيهما
 في قول محمد والشافعي رحمهما الله يعود الى المقدر وغيره لان الكلام السابق يشتمل
 على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر لمحمد رح ان الاستثناء
 ما لولا لدخا تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس وللشافعي رح
 ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالبة فانتهى المانع بعد تحقق المقتضي وهو
 التصرف اللفظي وكلام المصنف رح كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى منه
 والمستثنى شرط عند الشافعي رح ايضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على انها ليست
 بشرط بناء على ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح

(كتاب الاقرار — * باب الاستثناء وما في معناه *)

لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة * ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا * ولا يبي حنيقة وابي يوسف رحمهما الله ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه اجدوانا الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الشئية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب اما الدنانير فظاهرة واما المقدرات فلانها اثنان باوصافها فانها اذا وصفت ثبتت في الذمة حالومؤجلا ويجوز الاستقراض بها واما العددي المتقارب فلانه بمنزلة المثلثي في قلته التناوت وما كان ثمنا صالحا مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في خص الاوصاف فصارت بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته واما الثوب فليس بشئ اصل اول هذا لا يجب بدطلاق عقد المعاوضة بل يثبت سلما او ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة وما ليس بشئ لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ولقائل ان يقول ما ليس بشئ لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ والقيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس او معناه بما ذكرنا من حيث اخص الاوصاف استحسانا لا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات **قوله** ومن اقر بحق وقال ان شاء الله تعالى ومن قال لفلان علي ما ثد درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف رح او تعليق كما هو مذهب محمد رح وثمرة الخلاف تظهر في ما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف رح لا يقع الطلاق لانه ابطال وعند محمد رح يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذ كر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط

شرط وقوع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك
اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون
بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح
وقد تقدم في المطلق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا امت او اذا جاء رأس
الشهر او اذا انظر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الاجل
الى الوقت المذكور حتى لو كذب به المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم
قوله ومن اقرب دار واستثنى بناءه لنفسه ومن قال هذه الدار لفلان الابناء ها فانته لي
فللمقر له الدار والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى
من متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى اما ان لفظ
الدار لم يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه تبعاً ولهذا لو استحق البناء قبل القبض
لا يسقط شيء من الثمن بدماء بل تبديل يتخير المشتري واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف
لفظي وقد تقدم ذلك والنقص في الختام والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل
فيه تبعاً لا لفظاً ولو قال هذه الدار لفلان الاثنتا عشرة البيت فهو كما قال لان ذلك داخل
فيه لفظاً ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار
لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقرب كليهما ادعى شيئاً منها بعد ذلك
فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرضة لفلان فهو كما قال لان العرضة عبارة
عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان فالبناء لا يتبعها بخلاف
ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لا صلتها
اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل يخرج على اصلين * احدهما ان الاقرار بعد
الدعوى صحيح دون العكس * والثاني ان اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيئين
يتبع احدهما الاخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظاهر وان كان لشخصين فان قدم التابع

(كتاب الاقرار — *باب الاستثناء وما في معناه*)

فقال بناء هذه الارض لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصح جعل
البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع فكلاهما للمقر له به لان
الاقرار به يستتبع التابع فالقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا اقر باحدهما
فان كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع
كقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لان في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح
وفي الثاني عكسه فصيح **قوله** ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد ومن قال له علي
الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم يقبضه فاما ان ذكر عبدا بعينه او لا فان كان
الاول فهو على وجه * احدها ان يصدق له المقر له فيقال له ان شئت سلم العبد وخذ الالف
والا فلا شيء لك لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لانهما اذا تصادقا
وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على
المقر له والجواب ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس مانع من فيه كذلك
فان حكما بذلك كان حكما باليد عليه احد وذلك باطل * والثاني ان يقول المقر له العبد
عبدك ما بعتهك وانما بعتهك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المأل لازم على المقر لاقراره
به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال
لك علي الف غصبتك منك وقال لا بل استقرضت مني ولا تفاوت في هذا بين ان يكون
العبد في يد المقر او المقر له * والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتهك وفيه لا يلزم المقر شيء
لان المقر ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له به وفي هذا ايضا
لاتفاوت بين كون العبد في يد المقر او يد المقر له فانه اذا كان في يد المقر يأخذ العبد ولو قال
مع ذلك اي مع انكار العبد انما بعتهك غيره يدعي لزوم المال ببيع عبد آخر تحالفا لان
المقر يدعي تسليم من صبه والاخر ينكره والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والمقر
ينكره فاذا تحالفا بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده وان كان الثاني لزمه الالف

الاف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رج واصل او فصل لانه رجوع عما اقر به
 فان اقراره صحيح رجوعا الى كلمة علي وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب
 اصلا لان جهالة المبيع متعارفة كانت كالجهاز حالة العقد او طارئة كما اذا اشترى عبدا
 ثم نسيه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول
 وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فاؤل كلامه اقرار يوجب الثمن و آخره يوجب سقوطه
 وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رخصهما الله المقر له
 اما ان يصدق المقر في الجهة او لا فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما سبأني
 وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل فان وصل فالقول قوله وان فصل
 لم يصدق لان اول كلامه موجب و آخره قد يغيره لانه يحتدل انتقاء على اعتبار
 عدم القبض فكان بيان تغييره هو انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وان
 اقرانه باعه متاعا الى آخره وانما عبر عنه بذلك ليعلم ان الحكم في المتاع حكم العبد
قوله وبه لا يتأكد الوجوب اي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن
 على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لانه ربما يهلك المبيع
 في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتأكد بالقبض والمدعي يدعي القبض
 والمقر ينكره فيكون القول قوله وفي عبارته نظرا لان قوله فان وافقه الطالب في السبب
 شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون
 لوجود الغاء وعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون
 القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك ويمكن ان يقال جزاؤه
 محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد
 بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله ولو قال ابتعت منه وفي بعض
 النسخ ابتعت منه بيعا اي مبيعا وفي بعضها عينا الا انه لم اقبضه فالقول قوله بالا جماع لانه

(كتاب الافرار — * باب الاستثناء وما في معناه *)

ليس من ضرورة البيع القبض ولم يقر بوجوب الثمن لجواز ان يوجد البيع ولا يجب
 الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الافرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض
 هذا مفهوم كلام المصنف راجع وفيد نظره انه انما كان كذلك ان لو وجب تسليم المبيع او لا وليس
 كذلك كما تقدم في المبيع **قوله** وكذلك لو قال من ثمن خمر او خنزير ولو قال له علي الف
 من ثمن خمر او من ثمن خنزير لم يزل له الف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة راجع وصل او فصل
 اذا لم يصدق له المقترله لانه رجوع لانه اقرب بوجوب الف ثم زعم انه لم يكن واجبا عليه لان
 ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا و قال اذا وصل لم يلزمه شيء لانه بين باخر
 كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة
 شراءها واداء ثمنها فيحمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا
 فيصيح موصولا فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله واجاب بان ذلك تعليق لان صيغته
 وضعت له والتعليق بين اهل اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجوب
 المال عليه من حكم الارسال فدمع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال
 والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا ولو قال له علي الف درهم
 من ثمن متاع او اقرضني الف وبين انها زيوف او نهجرة وقال المقترله هي جيا يلزمه الجيا
 عند ابي حنيفة راجع و قال ان قال ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا
 قال هي ستوفة او رصاص لكن على احد قولي ابي يوسف راجع فان في رواية عنه لا يصدق
 وان وصل وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال له علي
 الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف
 الى الجيا ولكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف والسلام كان استيفاء
 لا استبدال والاستوفة بمجازة لانها تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجرة
 فاذا ذكرهما آخر اكان بيان تغيير فيصيح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا انها

الا انها وزن خمسة ولا يبي حنيقة رح ان هذار جوع لان مطلق العقد يقتضى السلامة
عن العيب والريافة عيب فلم يكن داخل تحت العقد ليكون دعواه بيا نابل يكون رجوعا
عن بعض موجه وصار كما اذا قال بعته معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري
لما بينا ان مطلق العقد يقتضى السلامة والاستوقة ليست من جنس الاثنان والبيع يرد
على الثمن فلم يكن من محتملات العقد فكان دعواه رجوعا **قوله** وقوله الا انها وزن
خمس جواب عما استشهدا به ووجهه انه ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء
لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار
فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كرحضة من ثمن عبد الا انها رديئة لان
الرداءة ضد الجودة فهذه صفتان يتعاقبان على موضع واحد اجاب بقوله لان الرداءة
نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر انهما ضدان دفعا للتحكم اجيب بان
الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل
الخلقة السليمة والحنطة قد تكون رديئة في اصل الخلقة واذا كان نوعا لم يكن مقتضى
مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشرى بالحنطة ما لم يبين
انها جيدة او وسطا ورديئة فليس في بيانه تغيير موجب اول كلامه نصح موصولا كان
او مفصولا عن ابي حنيقة رح في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف
اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض والقرض يوجب رد مثل
المقبوض والمقبوض قد يكون زينا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالحياد
والحياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف الى المتعارف * والمراد بالاصول الجماعان والزيادات
والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقبات والهارونيات
والكيسانيات بغير ظاهر الرواية ولوقال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يبين الجهة قال الفقيه
ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشائخ من قال يصدق بالا جماع اذا وصل

(كتاب الافرار — *باب الاستثناء وما في معناه*)

لان اسم الدراهم يتناولها ولم يذكروا مصرفها الى الجياد وقال الكرخي هو
علي الاختلاف لا يصدق عنده مطلقا لان مطلق الافرار ينصرف الى العقود لتعينها
مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء ولو قال
اغضبته منه الفا وقال اود عني الثائم قال هي زيوف او نبه رجعة صدق لان
الانسان يغضب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل في غضب الجياد
ولا في ابداعها بخلاف الاستقراض لان التعامل فيه بالجياد كما مر فيكون بيان النوع
فيصح وان كان مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة رح ان الزيافة في الدراهم
عيب فيكون ذكر الزيوف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل
مفصولا ويمكن ان يجاب عنه باننا قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفابها
من حيث الخلقة فيكون متنوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز ان يكون
متنوعا وعباءا والضابطة في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت
الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان تكون الزيافة
نوعا منها التباينها لكنها تنافيتها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذ لم يقتضها
كانت نوعا من مطلق الدراهم لاحتماله اياهما احتمال الجنس الانواع والله اعلم بالصواب

قوله ولهذا المي ولاجل ان لا مقتضى له في الجياد لو جاء راد المغصوب والوديعه
بالمعيب كان القول قوله فان الاختلاف متين وقع في صفة المقبوض فالقول للناقبض
ضمينا كان او امينا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصدق فيه مفصولا اعتمارا بالقرض
اذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما ولو اقر بالغصب والوديعه ثم قال هي
ستوفة او رصاص موصولا صدق لان الستوفة ليست من جنس الدراهم كما مر لكن كلامه
يحتمله مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل ولو قال في هذا كله يعنى المذكور من البيع
والقرض والغصب الثائم قال الا انه ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء متدار وقد تقدم

تقدم بيانه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو وصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير وقد يترك الاستثناء في آخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفو العدم امكان الاحتراز عنه **قوله** ومن اقر بغصب ثوب هذه قد تقدم وجهها بان الغصب لا يختص بالسليم **قوله** ومن قال لا خراخذت منك الف درهم المقر ما ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله اخذت وشبهه او على فعل غيره كما عطيت فان كان الاول واتي بما لا يوجب الضمان نحو ان يقول اخذت ردبعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كما قرع فالتقول للمقر مع يمينه وان ادعى غيره ضمن المقر لانهم في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرع والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثاني نحو ان يقول اعطيتني وديعته وادعى الآخر غصبا لم يضمن والفرق انه في الاول اقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وانكره الخصم فكان القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالتقول قوله فان قبل الاعطاء والدفع لا يكون الا قبضه فلما ممنوع هو قد يكون بالتخليط سلمناه لكنه ضروري فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر **قوله** القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب يعني اذا لم يكن ذلك معروفا للمقر ما اذا كان كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول ههنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لا بي حقيقه رح وقوله وجه القياس ما يبياه في الدية اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكره والقول للمنكر وقوله فيكون القول قوله في كفيته اي في كيفية ثبوت البدان به باي طريق كان كما اقول ملكت عبدي لك الا اني لم اقبض الشئ ولي حق الحبس كان القول له وان زعم الآخر خلافه وقوله وقد يكون من غير صعه كاللطة فانها ودية

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض *)

في بد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت ريح والقت ثوبا في دار انسان وقوله وليس مدار الفرق اشارة الى الرد على الامام القمي في ما ذكره ان الرد انما وجب في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذ تها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واختيها اي العارية والاسكان فردها علي فكان الافتراق في الحكم الافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمد ارح ذكر في كتاب الاقرار انما اخذ في الاجارة واختيها ايضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهذا اي الذي ذكر في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الغائم اخذ تها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقربا اقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقترار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصدة والاخر ينكره اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما شبهها فافتراقا وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف رح بحسن التدبير ان شاء الله تعالى وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح

باب اقرار المريض

افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة **قوله** واذا اقر المريض في مرض موته اذا مرض المديون ولزمه مديون حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة واقرب في مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون المقر بها وقال الشافعي رح دين الصحة ودين المرض سواء كان بسبب معلوم ولا يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن الذليل ان الغرض فيه المضاف الى

الى محله وهي الدمة القابلة للحقوق فصا ركانشاء تصرف مبايعة او مناكحة وانما تعرض
لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبارا عن الواجب
في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن
ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء
ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث
اذ لم يكن عليه دين * وفي هذا ما لتوضيح جواب عن ما ادعى الشافعي رح من الاستنواء
بين حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض
كما في حال الصحة فان قبل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق
بقية الوارث اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق
يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت
قوله بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء النكاح والمبايعة
وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان
ثمة دين الصحة كما تصرف الى ثمن الادوية والغذية **قوله** وهو بمهر المثل يجوز ان يكون
حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك
فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليست بمحتاج اليها فلم يكن
من الحوائج الاصلية اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع
لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها **قوله** وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة
لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء
بمال المدين بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير
غير معتبر كما مر اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لندرتة على الاكتساب
فيتحقق التمهير فلم يحتج الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض *)

في بد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت ريح والقت ثوبا في دار انسان وقوله وليس مدار الفرق اشارة الى الرد على الامام القمي في ما ذكره ان الرد انما وجب في مسئلة المودعة لانه قال فيها اخذ تها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واخنيها اي العارية والاسكان فردها علي فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمد ارجح ذكر في كتاب الاقرار انظر الاخذ في الاجارة واخنيها ايضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهذا اي الذي ذكر في الاجارة واخنيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او فرضته الغائم اخذ تها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقربا اقتضاء الدين فقد اقرب قبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقرب قبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكره اما ههنا يعني في صورة الاجارة واخنيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما شبهها فافتراقا وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف رح بحسن التدبير ان شاء الله تعالى وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح

باب اقرار المريض

افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخرا لان المرض بعد الصحة **قوله** واذا اقر المريض في مرض موته اذا مرض المديون ولزم مديون حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة واقرب في مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون المقر بها وقال الشافعي رح دين الصحة ودون المرض سواء كان بسبب معلوم او لا يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن العقل ان الغرض فيه المضاف الى

الى محله وهي الذمة القابلة للحقوق فصا رك انشاء تصرف مبايعة او مناكحة وانما تعرض
لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والافرار اخبار عن الواجب
في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ولنا ان الافرار غير معتبر اذا تضمن
ابطال حق الغير وافرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء
ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث
اذ لم يكن عليه دين * وفي هذا ما لتوضيح جواب عن ما ادعى الشافعي رح من الاستواء
بين حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض
كما في حال الصحة فان قيل الافرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق
بقية الوارث اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق
يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالافرار لا بالموت
قوله بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء النكاح والمبايعة
وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان
ثمة دين الصحة كما صرف الى ثمن الادوية والاذنية **قوله** وهو بمهر المثل يجوز ان يكون
حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك
فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليست بمحتاج اليها فلم يكن
من الحوائج الاصلية اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع
لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها **قوله** وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة
لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء
بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الافرار المتضمن لابطال حق الغير
غير معتبر كما مر اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقد رتته على الاكتساب
فيتحقق التمهيد فلم يحتج الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه اي حاله المرض حالة

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض)

عجز عن الاكساب فيتعلق حقهم به حذرا عن النوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك اجاب بقوله وحالتنا المرض حالة واحدة يعني اوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة لانه حالة الحجر فكنا بمنزلة اقرار واحد كحالتنا الصحة فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة حجر فيفتقران فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل افاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعايين لا مرد له فيقدم على المقربة ويصير مثل دين الصحة لا يتم اداؤه على الاخر لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في الشكح ولا تهمة في ثبوتها في غيره **قوله** ولو اقر بعين في يده لاخر لم يصح الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه يمنعه عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض سواء كانوا غرماء الصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال حق الباقي فلا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقباض بل يكون بين الغرماء بالخصص عندنا وقال الشافعي رح سلم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه في ما يصنع فربما يقضي من يخاف ان لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره **قوله** الا اذا قضى ما استقرض استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه او نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبيينة او بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقباض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل آخر بعد له رأيت لورد ما استقرضه بعينه او فسخ البيع ورد المبيع اكان يمنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة لا يمنع ذلك

ذلك فكذا ان اذ ارد بدله لان حكم البديل حكم المبدل فاذا قضيت الديون المتقدمة بنوعها
وفضل شيء صرف الي ما اقربه في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول
على الصدق في حقه حجة عليه وانما رد حقا لغرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهرت
صحته واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره وان كان بكل المال لعدم تضمنه ابطال
حق الغير فكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين
جاز ذلك عليه في جميع تركته فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه السلام
الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر رضي الله عنه اجيب بان ذلك
في الوصية وما في معناها والاقرار لاجنبي ليس من ذلك كما سيأتي ولان قضاء الدين
من الحوائج الاصلية لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعاق بالتركة
بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه **قله** ولو اقر المريض لوارثه
لا يصح واقرار المريض لوارثه باطل سواء اقر بعين او بدين الا ان يصدق فيه بقية
الورثة وقال الشافعي رح في احد قوله يصح لانه اظهر الحق ثابت لترجم جانب
الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيًا في فكاك رقبته
وصار كالاعتراف لاجنبي وبوارث آخر وبوديعه مستهلكة للوارث كما اذا اودع
اباه الف درهم بمعاينة الشهود فلما حضرت الوفاة الاب قال استهلكتها ومات وانكر بقية
الورثة فان اقراره صحيح والاف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض
انما يرد للثمة ولا تهمته ههنا الا يرى انه ان كذبنا فمات وجب الضمان ايضا في تركته
لانه مات مجهلا ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وهو نص في الباب
لكن شمس الاثمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما
واراد به ما روي عنه اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان
احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدق الورثة وبه أخذ علماء نالان

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض)

قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ولأن حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً فني تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين وقد ذكر ما أوردناه بالاقرار بوارث آخر وما اجتنابه عنه ولأن حالة المريض حالة الاستغناء عن المال لظهور إمارات الموت الموجب لانتهاؤ الآمال وكل ما هو كذلك فلا اقرار لبعض الورثة فيها يورث شبهة تهمة تخصيصه والقربة تمنع عن ذلك لأنها سبب تعلق حق الأقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في حال الصحة لأنه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه فإن قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث أيضاً لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله ولما تنفع المعاملة مع الوارث لأن البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحي من المماكسة معه فلا يحصل الربح وكذا لم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً وهو السؤال المذكور به آنفاً ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فإذا صدقوه فقد بطلوه فصم اقراره **قوله** وإذا أقر الأجنبي جاز وإذا أقر المريض لا جني صح وأن أحاط بماله لما بينا أن قضاء الدين من الأحوال الأصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيداً لذكر القياس والاستحسان فإن القياس لا يقتضي جوازها إلا بمقدار الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه كما مر إلا أننا لما صم اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لأن الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ الاقرار في الثلث الثاني ثم ومنه حتى يأتي على الكل فإن قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله مع الأجنبي بدون إجازة الورثة فلما صم تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضاً ثم ومنه إلى أن يأتي على الكل فالجواب أن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فكلمة أقرب دين انتقل محل التصرف

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض *)

النصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محلّ تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس الا فترقا **قوله** ومن اقر لاجنبي الى آخره المقترله اما ان لا يكون وارثا للمريض او يكون والوارث اما مستمرا وغير مستمر وغير المستمرا اما ان يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت لحجب او لغيره واما ان يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب او لغيره * وما لغيره فاما ان يكون سبب الارث مما يستند اليه وقت العلوق او لا واما ان يكون اعني غير المستمرا وارثا في الحالين غير وارث بينهما فذلك ثمانية اوجه ففي ما لم يكن وارثا اصلا صح اقراره بالا جماع وفي ما كان وارثا مستمرا لا يصح بالا جماع وفي ما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان الانتفاء بحجب كما اذا اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولد او اسلم الولد الكافر او عتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان الوراثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالا جنبي وان كان لغيره كما اذا اطلق زوجته في مرضه ثلثا بمرها وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمة الايثار لقيام العدة فلعله استقل ميراثها

وباب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في الاقل ثبت وفي ما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل الاقرار خلافا لفرج باعتبار الحالة الاقرار لانه يوجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبيه ثم تزوجها فلها الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحajib وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج * وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل * والفرق ان المستند يتبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفي ما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجه ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار

(كتاب الأقرار — *باب اقرار المريض *فصل)

عند أبي يوسف ر ح وجاز عند محمد ر ح وهو القياس لأنها تترتب بسبب حادث بعد الأقرار فلا يؤثر في ما قبله فيما ليس بمستند كما إذا اقر شخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات *
 ووجه قول أبي يوسف ر ح وهو الاستحسان أن الأقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فإذا وجد سبب الورثة عند الأقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الأول في تقرير صفة الورثة عند الأقرار لأن التهمة لم تكن متقربة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الأقرار

*فصل — *

ذكر الأقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الأقرار بالمال لقلته * وصحة الأقرار بالولد ثلث شرائط أن يكون يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وأن لا يكون الولد ثابت النسب إذ لو كان لا يمنع ثبوته من غيره وأن يصدق المقرب به في اقراره إذا كان يعبر عن نفسه لأنه في بد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب ولا يمنع الأقرار به بسبب المرض لأن النسب من الأحوال الأصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميل على الغير فيثبت وإذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته **قوله** ويجوز أقرار الرجل بالوالدين هذا بيان ما يجوز الأقرار به وما لا يجوز أقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى أو اسفل جائز سواء كان اقراؤه بهؤلاء في حال الصحة والمرض لأنه اقرب ما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف والمذكور في المبسوط والايضاح وجامع الصغير للامام المحمدي أن أقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاق قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بيناه أنه اقرار بما يلزمه النسخ وقال في المبسوط وأقرار

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض * فصل)

واقرار المرأة يصح بثلاثة نفر بالآب والزوج ومولى العتاة والا مرفي ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه بحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى اَدْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ وعليه الاجماع الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد القابلة بالولادة اذا الفرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذاك مقبولة وقد مرفي الطلاق **قوله** وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج واما اذا لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزما على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق هؤلاء والمرأة * شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وان لا يكون اختها تحت المقر ولا اربع سواها ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الا يرى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال ابو حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ومعناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث ولتأمل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعين قائما باعتبارها فكذا المقر به واما الارث فليس بلام له لجواز ان تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتبارها **قوله** ومن اقر بنسب من غير الوالدين ومن اقر باخ او صم لم يقبل في النسب لان فيه

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض * فصل)

حملة على الغير واما في الارث فاما ان يكون له وارث معروف قريبا كان كذوى
 الفروض والعصبات مطلقا او بعيدا كذوى الارحام ولا يكون فان كان فهو اولي بالميراث
 من المقر له هذا لانه لم يثبت نسبه منه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق
 المقر له ميراثه لانه اقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده والا اول اقرار على غيره
 وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في مال نفسه عند عدم
 الغريم والوارث حتى لو اوصى بجميعه يستحق الموصى له وبقية كلامه لا يحتاج
 الى بيان **قوله** ومن مات ابوه فاقرباؤه لم يثبت نسبه مني على ما ذكرناه ان الاقرار
 على نفسه صحيح فيشارك في الارث وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور
 عن ابي حنيفة رحمه الله وان كان المقر احد ابنين لم يثبت النسب ايضا والمقر له يشارك
 المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل ان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير
 والاشراك في ماله ولا ولاية له في الاول فلم يثبت وله ذلك في الثاني فثبت قال ابو حنيفة رح
 اذ اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه اخوة المعروف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده
 وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شايع في النصفين فنفذ في
 حصته وبطل في حصة الاخ * ولا يبي حنيفة رح ان زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق
 والمنكر ظالم فيجعل ما في يده المنكر كالمالك ويكون الباقي بينهما بالسوية **قوله** ومن مات
 وترك ابنين ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقرا احدهما ان اباه
 قبض منها خمسين لاشي للدقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرناه من الاقرار على نفسه
 وعلى غيره وهو الاخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما يحلف الاخ بالله ما يعلم
 ان اباه قبض منه الخمسين ويقبض الخمسين من الغريم لان هذا اقرار بالدين على
 الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما مر ان الديون تقضى بمثلها واقرار
 الوارث بالدين على الميت بوجوب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اخوة استغرق

(كتاب الصلح)

استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا آنفا وعرض بان
صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب
ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الورثة
لم يبق على زعمه من الدين إلا الخمسون فلم يتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه
زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على الشركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على
المقبوض فنصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر
حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية
الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح
هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر
على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه ان اياه لم يقبض شيئا وله تمام الخمسين
بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع لتمام حقه ورجع الغريم
على المقر لاقراره بدین على المیت مقدم على المیراث فیؤدي الى الدور ولقائل
ان يقول اذا كان من زعم المنكر ان اياه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه في اقراره
ظالم وهو في ما يقبضه اخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره
والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه

* كتاب الصلح *

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيدة وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة
وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة* وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وقد بيناه
في التقرير* وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسببأتي تفصيله* وركنه الايجاب
مطلقا والقبول في ما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح
على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه

(كتاب الصلح)

لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب
 البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت * وحكمته تملك
 المدعي المصالح عليه منكر اكان الخصم او مقرا ووقوعه للمدعي عليه في المصالح عنه
 ان كان مما يحتمل التملك والبراءة له في غيره ان كان مقرا * وان كان منكرا فحكمه
 وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التملك اولا * وانواعه بحسب
 احوال المدعي عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسب البدلين على القسمة العقلية
 على ما سنذكر * وجواز ثابت بالكتاب والسنة **قوله** الصلح على ثلاثة اشرب الحصر على هذه
 الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو
 عن النفي والاثبات لا يقال قديتكم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا وكل ذلك
 جائز لقوله تعالى والصلح خير وانه باطلا فانه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين
 في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب
 بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل اي لاجناح عليهما ان يصالحا
 صلحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله ان يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله
 والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل
 منعذر لان الصلح بعد البين و صلح المودع و صلح من ادعى قذفا على آخر و صلح من ادعى
 على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادلى وهو الصلح عن الاقرار اجيب
 بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع مانع لا يستلزم تركه عند عدمه ولقوله
 عليه السلام كل صلح جائز في ما بين المسلمين الا صلح احل حراما او حرم حلالا وقال
 الشافعي رح لا يجوز مع انكار او سكوت لانه صلح احل حراما او حرم حلالا وذلك باطل
 غير مشروع بالحديث المروي ولان المدعي عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه
 رشوة وهي حرام ولنا ما نلونا من قوله تعالى والصلح خير واول ما روينا من الحديث وهو

وهو قوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين وتاويل اخره احل حراما لعينه كالخمر
او حرم تحلالا لعينه كالصلح على ان لا يطاق الضرر ولا يتسرى والحمل على ذلك واجب
لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح
على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى
تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعي عليه منعه
قبله وحل بعده وعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه ولان هذا صلح بعد دعوى
صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقضى بجوازه لوجود مقتضي وانتفاء المانع لان المانع
اما ان يكون من جهة الدافع او من جهة الآخذ وليس شيء منهما بموجود اما الثاني فلان
المدعي يأخذ في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع واما الاول فلان المدعي عليه
يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا مشروع اذا مال وقاية النفس ودفع الظلم
عن نفسه بالرشوة امر جائز لا يقال لان السلم الجواز لقوله عليه السلام لعن الله الراشي
والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في
امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي احد الورثة عن الارث واما دفع
الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز لدفع وتماصه في احكام القرآن للراشي فان قيل
فعلى هذا اذا ادعى على آخر الف درهم وهو ينكر ونصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا
قبل القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعي عليه لدفع الخصومة عن نفسه
لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز اجيب بان عدم جوازه بناء على زعم المدعي ان في زعمه
انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس **قوله**
فان وقع الصلح من اقراراذا وقع الصلح من اقرار وكان من مال على مال اعتبر فيه
ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق
المتعاقدين فمحري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خیار الشرط والرؤية وبفسده

(كتاب الصلح)

جهالة المصالح عليه لأنها تنضي إلى المازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط وهذا ليس على اطلاقة بل فيه تفصيل احتجنا إلى ذكره وهو أن الصلح باعتبار بدليته على أربعة أوجه أما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة وأما أن يكون من مجهول على مجهول فإن لم يحتج فيه إلى التسليم مثل أن يدعي حقاً في دار رجل وأدعي المدعي عليه حقاً في أرض بيد المدعي فاصطالحا على ترك الدعوى جاز وإن احتج إليه وقد اصطالحا على أن يدفع إحداهما مالا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه وعلى أن يسلم إليه ما دعه لم يجز وأما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتج فيه إلى التسليم كما لو ادعى حقاً في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطالحا على أن يعطيه المدعي مالا معلوماً ليسلم المدعي عليه إلى المدعي ما دعه وهو لا يجوز وإن لم يحتج فيه إلى التسليم كما إذا اصطالحا في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه جاز وأما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتج إلى التسليم لا يجوز وإن لم يحتج إليه جاز * والأصل في ذلك كعدان الجهالة المفضية إلى المازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجب فيه لم يجز مع الجهالة لأن القدرة على تسليم البديل شرط لكونه في معنى البيع وإن كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تملك المنافع بمال فكل منفعة يجوز استحقاتها بعقد الاجارة يجوز استحقاتها بعقد الصلح فإذا اصطالح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز وإن قال أبداً وحتى يموت لا يجوز فإن الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فإنها بيع بمعنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط التوقيت فيها ويطل الصلح بموت أحدهما في المدة كالاجارة وأما إذا وقع الصلح عن المكوث والانكار كان في حق المدعي عليه لا فناء البمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة ما بينا أن المدعي يأخذ عوضاً في زعمه فإن قبل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى نقابلها

تقابلها اجاب بقوله ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة فانها فسخ
في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحبل في حق امرأته
والتحريم المؤبد في امها وهذا اي كونه لا فتداء اليمين وقطع الخصومة في الانكار ظاهر
واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجمود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك
مع ان حمله على الانكار والى لان فيه دعوى تبريف الذمة وهو الاصل **قوله** واذا صالح
عن دارا صالح عن دار عن انكار وسكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها اي المدعى عليه
يستبقى الدار على ملكه لانه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرأ
يوأخذ بسا في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دارا المدعى يأخذها
عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه
فصار كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح
عنه رجع المدعى عليه على المدعى بحصة المستحق من العوض لانه لكونه عن اقرار
معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك واذا صالح عن سكوت او انكار
فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه
ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر
الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه
فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين
ثم ادعى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه وفوتقضا بما اذا
ادعى دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذي البدن بطريق الصلح واخذ الدار
ثم استحققت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال
في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة واجيب بان المدعى عليه
مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحققت زالت الضرورة الموجبة لذلك

(كتاب الصلح)

لانتفاء الخصومة فيرجع واما المدعى فهو في خيرة في دعواه فكان الدفع باختياره ولم يظهر
عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح منه رد المدعى
حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه اي في اصل الدعوى اما رجوعه
عليه فلانه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده واما رد الحصة فلخلوا العوض
في هذا القدر عن غرض المدعى عليه ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار
رجع بكل المصالح منه لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع
بمبدله كما في البيع وان استحق بعضه رجع بحصته اعتبارا للبعض بالكل وان كان الصلح
عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بمعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل
فيه هو الدعوى هذا اذا لم يجز لنظر البيع في الصلح اما اذا اجري كما اذا ادعى دارا
وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعثك هذا العبد بهذه الدار
ثم استحققت فان المدعى يرجع على المدعى عليه بدلا ادعى لابلاد دعوى لان اقدام المدعى عليه
على البيع اقرار منه بالحق للمدعى اذا الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم
البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم
الى المدعى فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي في فصل الاقرار
والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى
قوله وان ادعى حق في دار هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع
فلانعيدها ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان
ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي وتقبل بينته لانه اسنوف في بعض حقه وابرأ
عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه
لا يسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية وجهه ان البراء لا في عينا
ودعوى والبراء عن الدعوى صحيح فان قال لغيرة ابرأتك عن دعوى هذه العين صح

(كتاب الصلح — * فصل *

صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يسمع وفيه بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم عن دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه اجارة معنى حتى شرط كون المدة معلومة ولو اراد المدعى ان يدعى البقية لم يكن له ذلك لوصول كل جفته اليه باعتبار بدله عينا ومنفعة قال المصنف رح والوجه فيه اي الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد الامرين اما ان يزيد رهما في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه في ما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل ان يقول برئت من دعواي في هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو الصحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل وفي ذكر لفظ البراءة دون البراء اشارة الى انه لو قال ابرأ منك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار كان باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك * والفرق بينهما ان ابرأ منك انما يكون ابراء من الضمان لا من الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات في تعليل هذه المسئلة لان قوله ابرأ منك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظاهر

* فصل *

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشروطه ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز **قوله** والصلح جائز عن دعوى الاموال الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتياالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر واذا كان عن المنافع بمال كما اذا كان او سكنى بداره فمات وادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة على شيء كان

(كتاب الصلح — *فصل*)

في معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح واذا صالح من جنابة العمد او الخطاء صح اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء ووجه الاستدلال على احد معنييه وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك فمن اعطي له في سهولة من اخيه المتناول شيء من المال بطريق الصلح فاتباع اي فلولي القليل اتباع المصالح يبدل الصلح بالمعروف اي على مجاملة وحسن معاملة واداء اي وعلى المصالح اداء ذلك الى ولي القليل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح من جنابة القتل العمد * واما المعنى الآخر وهو المروي عن عمرو بن عباس رضي الله عنهما فمن عفي عنه وهو الثاقل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا الثاقل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي فليؤد الثاقل الى غير العافي حقه وافي غير ناقص فليس في دليل على المطلوب ظاهر اقل هذا قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح **قوله** وهو بمنزلة النكاح اشارة الى اقرب عقد يحمل عليه الصلح من دم العمد فانه في معنى النكاح من حيث ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل النسخ بالتراضي واذا كان في معناه فما صلح ان يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صلح على سكنى دار او خدعة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومه صلحت صدقا فكذا بدلا في الصلح وان صالح على ذلك ابدالم يجز لانه لم يصلح صدقا لجهلته فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم الا يرى ان الصلح من القتل العمد على اقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صدقا وانه اذا صالح على ان يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صدقا لان كون الصداق مالا منصوحا عليه بقوله تعالى وان تبغوا باموالكم

باموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوما
والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز ان يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله
الا ان عند فساد التسمية استثناء من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا بمعنى لكن اي لكن
اذا افسد التسمية بجهالة فاحشة او بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فان كان الاول
كما اذا صلح على دابة او نوب غير معين يصار الى الدية لان الولي ماضى بسقوط
حقه فيصار الى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا يتحمله
العاقلة لوجوبه بعقده وان كان الثاني كما لو صلح على خمر فانه لا يجب عليه شيء لانه
لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت منه بيان ولو سكت بقي العفو مطلقا وفيه
لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين اي في فصل
تسمية المال المجهول وفصل الخمر لانه الموجب الاصلي في النكاح ويجب مع السكوت
عنه كما قال الله تعالى قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيْ اَزْوَاجِهِمْ وَمَوْضِعِ اَصُولِ الْفَقْهِ * وتحقيقه
ان المهر من ضرورات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا صار
كما لم يسم مهرا ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا ههنا واما الصلح فليس من ضروراته
وجوب المال فانه لو عفي بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا
والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصيح ان وجوبه ليس
من ضروراته ويدخل في اطلاق جواب الكتاب وهو قوله ويصح عن جنابة العدد
الجنابة في النفس وما دونها وهذا اي الصلح عن جنابة العمد بخلاف الصلح عن حق
الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق ان يتملك وذلك ليس بحق في المحل
قبل التملك فاخذ البدل اخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة
حرام اما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان اخذ
العوض مما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا واذا لم يصح الصلح بطل الشفعة لانه يبطل

(كتاب الصلح — * فصل)

بالاعراض والسكوت وقيد بقوله حق الشفعة على مال احتراز عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة يعني اذا كفّل عن نفس رجل فجاء بالمكفول له وصالح الكفيل على شيء من المال على ان يأخذ المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال غير ان في بطلان الكفالة روايتين في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهي رواية ابي حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا اسقطت لا تعود * وفي الصلح من رواية ابي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس قد تكون موصلة الى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضي ان يسقط حقه بعوض لم يستطع مجانا واما الثاني وهو جنائية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ثم الصلح فيه اما ان يكون على احد مقادير الدية او لا الاول اما ان يكون منفردا او منضمما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فيرد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة ابطاله بل القصاص ليس بمال فكان الواجب ان لا يقابله مال ولكنه اشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز باي مقدار تراضيا عليه كالنسمية في النكاح فان كان منضمما الى العمد كما اذا قتل عمدا و آخر خطاء ثم صالح اولياؤهما على اكثر من ديتين فالصلح جائز لصاحب الخطاء الدية وما بقي لصاحب العمد كمن عليه لرجل مائة دينار ولا آخر الف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الالف والباقي لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صالح على مكيل او موزون جاز بالزيادة على قدر الدية لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افترا فاعن

(كتاب الصلح — * فصل *)

من دين الديّة بدّين بدل الصلح ولو قضى القاضي بأحد مقدار الديّة مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتل على اكثر من مائتي بقرة جازلان الحق قد تعين بالقضاء في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطي عوضا عن الواجب فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقدار بمنزلة القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي بأحد المقدار بزيادة على مقدار الديّة لم يجز فكذا هذا **قوله** ولا يجوز عن دعوى حد الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا اخذ رجل زانيا او سارقا او شاربا خمرا واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال لترك ذلك فالصلح باطل وله ان يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال او تحليل الحرام * واذا ادعت امرأة على رجل صبيا هو يدها انه ابنه منها وجد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الا اعتياض عنه واذا اشترع رجل الى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك * وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غيرنا فذو الصلح رجل من اهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوك لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضى الباقيين * وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح مع الامام على درهم لترك الظلة جازا اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذ الوباغ شيئا من بيت المال طمخ وحد القذف داخل في جواب الحد ودلان المذهب فيه حق الشرع ولهذا لا يجوز عفوة ولا بورت بخلاف القصاص **قوله** واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا هذا البناء على الاصل المأران الصلح يجب اعتبارا باقرب العقود اليه شبهها واذا جحدت

(كتاب الصلح — * فصل — ل *)

النكاح فصالحته على مال بذلته امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطئ الحرام في جانبها فان اقام على التزويج بينه بعد الصلح لم تقبل لان ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما اخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع انواع الصلح الا ان يسلمه بطيب من نفسه فيكون تعليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز * وجه الاول ان يجعل كان الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها * ووجه الثاني انه بذل لها التترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لمالم توجد كانت دعواها على حالها البقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمه شيء يقابله العوض فكان رشوة واذا ادعى على رجل مجهول الحال انه عبدة فصالحه على مال اعطاه اياه فاقرب العقود اليه شيها العتق على مال فيجعل بمنزلته لا مكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح على حيوان الى اجل في الذمة ولا يصح ذلك الا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان ويجعل في حق المدعى عليه ادفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا يثبت الولاء لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء لانه صالحه بعد كونه عبدا له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال ففيه الولاء واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم يجز سواء كان عليه دين او لا وان قتل عبدا له اي للعبد المأذون له رجلا فصالح عنه جاز سواء كان عليه دين او لا والفرق ان رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه يباع وان جازا جارة فلا يجوز ان يستخلص رقبته بمال المولى فصار كالاجنبي اي صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان

لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صلح عن مال مولاة بدون اذنه لا يجوز فكذا ههنا
 اما عبدة فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وتحقيق هذا ان المستحق
 كالزنا بل عن ملكه فصار كانه مملوك للمولى ولهذا كان له ان يئلفه وهذا اي الصلح
 كانه شراؤه وهو يملك ذلك بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا
 لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا وصالح عن نفسه
 جاز واجيب بان المكاتب حر يدا وكسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه
 وكسبه لمولاة ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لمولى القتل ان يقتله بعد الصلح
 لانه لما صلح فقد عفا عنه ببذل له فصح العفو ولم يجب البذل في حق المولى فتأخر الى
 ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كانه
 صلحه على بدل مؤجل يؤخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتل
 ولا ان يتبعه بشيء ما لم يعتق فكذا هذا **قوله** ومن غصب ثوبا يهوديا يهود قوم من اهل
 الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي وانما خصه بالذكرة إشارة الى كونه معلوم
 القيمة فكل قيمى معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة
 فاستهلكه فصالح من القيمة على اكثر منها من النقود جاز عند ابي حنيفة رح وقال لا يبطل
 الفضل على قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالبا * وقيد
 بالقيمي احترازا عن المثلي فان الصلح عن كمر حنطة على دراهم او دنانير جائز
 بالاجماع سواء كانتا اكثر من قيمته او لا لكن القبض شرط وان كانتا باعيانهما
 لئلا يلزم الكالى بالكالى * وقيد بكونه معلوم القيمة ليظهر الغبن التام المانع
 من لزوم النوبة عندهما * وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائما جاز الصلح على
 اكثر من قيمته بالاجماع * وقيد بقوله من النقود لانه لو صلح على طعام موصوف في الذمة
 حال او قبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع * والاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابلة

(كتاب الصلح — * فصل *)

عين المغصوب حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند ابي حنيفة رح وعندهما بمقابلة
قيمة المغصوب فقالا ان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير والزيادة عليها
بما لا يتغابن فيه الناس كان ربوا بخلاف ما اذا صلح على عرض لان الزيادة لا تظهر
عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين
فلا يظهر فيه الزيادة ولا بي حنيفة رح طريقان أحدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على
ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين
كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان آبقا نعا من ابقا قد كان مملوكا له
وان كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب او العبد
ولاربوا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما والثاني ان الواجب على الغاصب
رد العين لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترده فهو الاصل في الغصب فانما
تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين فكان ذلك ضروريا لا يصار اليه
الا عند العجز فاذا صلح على شيء كان البديل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر
الفضل ليكون ربوا وفي كلام المصنف رح تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل
المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا
انتقطع المثلي فبح بصر اليها وبه يمكن ان يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان المثلي
اذا انتقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالتقضاء فقبله اذا تراصيا على الاكثر
كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة
ونوقض بما لو صلحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا
عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع
وبما لو صلح من الدية على اكثر من عشرة آلاف درهم لم يجوز واجيب بان المغصوب
المستهلك لا يوقف على اثره فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صلحه على

(كتاب الصلح — * باب التبرع بالصلح والتوكيل به *)

على ذلك حالا جاز وبأن البدل جعل في مقابلة الدية لانه لا وجد لحدله على الاعتياض
عن المقتول وعورض دليل البينة رح بانه لو باع المصوب بعد الهلاك او الاستهلاك
من الغاصب لم يجوز ولو كان بمنزلة الثائم حكما جاز واجيب بان البيع يقتضي قيام مال
حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيمكن تصحيحه
اسقاطا وصحته لا يقتضي قيام مال متقوم حقيقة **قوله** واذا كان العبد بين رجلين الى آخره
ظاهر والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله عليه السلام من اعتق شتصا من عبيد بينه
وبين شريكه فموم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا ويسعى العبدان كان معسرا والمدا علم

* باب التبرع بالصلح والتوكيل به *

لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قد مه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح
لان الانسان في العمل لغيره متبرع **قوله** ومن وكل رجلا بالصلح عنه ومن وكل رجلا
بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه اي عن وكل في رواية المصنف وروى
غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل اي على الموكل
كما في قوله تعالى **وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا** اي عليها وهذا كما ترى يدل بظاهرة على ان الوكيل
لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا التوكالة
قال المصنف رح وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العبد او كان الصلح عن بعض
ما دعيه من الدين لانه اسقاط محض فكدان الوكيل في تفسيره عبرة فلا ضمان عليه كالتوكيل بالنكاح
الا ان يضمنه لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال
فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون
الموكل وذ كوفي شرح الطحاوي والتحفة على اطلاق جواب المختصر وقال صاحب
النهاية ما معناه انه لا بد لتاويل المسئلة من قيد آخر وهو ان لا يكون الصلح في المعاوضات
على الانكاح فان كان لا يجب على الوكيل شيء وان كان فيها لان الصلح على الانكاح

(كتاب الصلح — * باب التبرع بالصلح والتوكيل به *)

معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل وذلك جائز مع الاجنبي جواز
مع الخصم قوله وان صالح عنه رجل بغير امره وان صالح رجل عنه بغير امره فهو
 على اربعة اوجه * ووجه ذلك ان النضولي عند الصلح على مال امان قرن بذكر المال
 ضمان نفسه اولاً فالاول هو الوجه الاول * والثاني امان اضاف المال الى نفسه اولاً
 فالاول هو الوجه الثاني * والثاني امان سلم المال المذكور اولاً فالاول هو الوجه الثالث *
 والثاني هو الرابع * ولكن يرد وجهان آخران وهوان يكون المال المذكور خالياً عن الاضافة
 اما معرفاً او منكراً وكل منهما امان قرن به التسليم اولم يقرن وقد ذكر وجهاً حكم المنكر
 وبقي وجهاً حكم المعرف ولكن عرف به وجه حكم المعروف المسلم بذكر التسليم في المنكر
 فبقي حكم المعروف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر اما
 وجه الاول فانه اذا صالح بمال وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس
 الا البراءة لانه يصح بطريق الاستقاط وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سواء لان السقاط
 يتلشى ومثله لا يختص باحد فصالح ان يكون اصيلاً في هذا الضمان اذا اضافة الى نفسه
 كالنضولي بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال فيكون متبرعاً على المدعى عليه
 لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامر فانه يرجع ولا يكون
 لهذا المصالح شيء من المدعى اي لا يصير الدين المدعى به ملكاً للصالح وان كان
 المدعى عليه مقراً وانما يكون ذلك للذي في يده يعني في ذمته لان تصحيحه بطريق
 الاستقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شيء فأي شيء يثبت له بعد ذلك ولا فرق
 في هذا اي في ان المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقراً او منكراً
 اما اذا كان منكراً فطران في زعمه ان لشيء عليه وزعم المدعى لا يتعدى اليه واما
 اذا كان مقراً فبالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشترى في ذمته بما ادعى الا ان
 شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه وهو لا يجوز وهذا بخلاف

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين)

بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يصير مشتربا لنفسه اذا كان
 بغير امر لان شراء الشيء من مالكة صحيح وان كان في يد غيره فوجه الوجوه الباقية المذكور
 في المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فاعتقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة
 قوله صالحني على الفتي يتخذ على المصالح والتوقف في ما اذا قل صالح فلانا على الف درهم
 من دعواك على فلان فان فيه يقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز وان رد بطل
 وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح
 * باب الصلح في الدين *

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو
 دعوى الدين لان الخصوص ابدى يكون بعد العموم **قوله** وكل شيء وقع عليه الصلح
 بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بعقد المداينة لم يحمل
 الصلح على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي * وتبعد بعقد المداينة
 وان كان حكم الغصب كذلك حملا لا امر المسلم على الصلاح كمن له على آخر الف
 درهم جيار حالة من ثمن متاع باعه فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز ان تصرف
 العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لانضائه الى الربوا فجعل
 اسقاط للبعض في المسئلة الاولى ولللبعض والصفة في الثانية ولو صالح عنها على الف
 مؤجلة صح ويحمل على التأخير الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع
 الدراهم بمثلها نسبيته وهربوا فانه لم يمكن حمله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها
 على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التأخير
 فتعين جعله معاوضة اذ التصرف في الديون في مسائل الصلح لا يخرج عن احد هذين
 الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسبيته فلا يجوز وكذا اذا كان له الف مؤجلة
 فصالحه على خمسمائة حالة فانه لا يمكن حمله على الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا

(كتاب الصلح --- * باب الصلح في الدين)

بالعقد حتى يكون استيفاءه استيفاء لبعض حقه وهو خير من النسبة لا محالة فيكون
 خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك
 اعتباراً عن الاجل وهو حرام روي ان رجلاً سأل ابن عمر رضي الله عنهما عنها
 عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربوا وهذه الان حرمة ربوا النساء ليست
 الاشبهة بمبادلة المال بالاجل فحقيقة ذلك اولى بذلك ولو كان له الف سود فصالحه
 على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز * والاصل ان المستوفي اذا كان ادون
 من حقه فهو اسقاط كما في العكس واذا كان ازيد قدر او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة
 غير مستحقة له فلا يمكن جعله استيفاء فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف
 وهو ربوا فان قيل اذا كان حقه الف درهم نبه رجة فصالحه على الف درهم بخبة نددت
 المال فهو جود من النبهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة اجاب بقوله وبخلاف
 ما اذا صلح على قدر الدين وهو جود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه
 يعتبر القبض في المجلس وحاصله ان الجودة اذا وقعت في مقابلة مال كان ربوا كما مسئلة
 الاولى فانها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربوا وما اذا لم يقع فذلك صرف والجيد
 والردئي في ذلك سواء بدأ بيد ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم
 حالة او مؤجلة صح لانه امكن جعله اسقاطاً للدنانير كلها والدرهم المائة ان كانت
 حالة واسقاطاً لذلك وتاجباً للباقي ان كانت مؤجلة تصحيحاً للعقد اولاً ومعنى الاسقاط
 فيه الزم لان مبنى الصلح على الخطيئة والخط ههنا اكثر فيكون الاسقاط الزم من معنى
 المعاوضة **قوله** ومن له على آخر الف درهم ومن له على آخر الف درهم حالة فقال
 ادالي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل فعمل فهو بريء قيل معناه فقبل
 فهو بريء في الحال ويجوز ان يكون معناه فادى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي
 فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد عليه الالف كما كان في قول ابن حنبل ومحمد رحمهما الله و

وقال أبو يوسف رَح لا يعود عليه إلا ألف لأنه ابراء مطلق إذ ليس فيه ما يقيد به إلا جعل اداء
 خمس مائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لأن حد المعاوضة
 أن يستفيد كلوا حد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستند به شيء لم يكن فجري
 وجوده أي وجود جعل الاداء عوضا مجري عدمه فبقي ابراء مطلقا وهو لا يعود
 كما إذا بدأ بالابراء بأن قال ابرأئك عن خمس مائة من ألف على أن تؤدي غدا
 خمس مائة ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط والمتيد بالشرط يفوت بفواته أي عند فواته
 فإن انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عند نال كنهه عند انتفاءه فانت لبقائه على عدم
 الاصلبي وموضعه اصول الفقه * وإنما قلنا أنه مقيد بالشرط لأنه بدأ بأداء خمس مائة في الغد
 وأنه يصلح غرضا حد ار افلاسه او توسلا إلى تجارة اربح فصلح أن يكون شرطا من حيث
 المعنى وكلمة على وأن كانت للمعاوضة لكن يحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة
 فيه فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة
 فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكأنه منهما قول بموجب العلة أي سلمنا أنه لا يصح
 أن يكون مقيدا بالعوض لكن لا ينافي أن يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط وقوله وإلا أنه متعارف
 معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني أن كلمة على الشرط لا أحد المعنيين أما لوجود المقابلة وأما
 لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيدا بالبراء الباقي والمعروف
 عرفا كالمشروط شرط انصار كما لو قال أن لم تنقد غدا فلا صلح بيننا **قوله** والابراء مما يتقيد بالشرط
 وأن كان لا يحتمل التعليق به جواب عما يقال تعليق ابراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كتيل
 إذا أدبت أو متي أدبت التي خمس مائة فانت بريء من الباقي باطل بالاتفاق والتقيد
 بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه أنهما متغايران لفظا ومعنى أما لفظا فهو
 أن التقيد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما
 معني فلان في التقيد به الحكم ثابت في الحال على عرضة أن يزول أن لم يوجد الشرط

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين *)

وفي التعليق به الحكم غير ثابت وهو بعرضة ان يثبت عند وجود الشرط * والنقطة في ذلك ان في الابرأ معنى الاسقاط والتدليك * أما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعناق والعفوع القصاص * وأما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر التمليكات وتعليق الاسقاط المحض جائز كتعليق العناق والطلاق بالشرط وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والابرأ له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يتحمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك اذا لم يكن منه حرف شرط وليس في مانحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته **قوله** كما في الحوالة متعلق بقوله يفوت بفواته يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحيل عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل **قوله** وسخرج البدائة بالابرأ وعدد الجواب عما قال ابو يوسف رح كما اذا بدأ بالابرأ واذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه على خمسة ان رب الدين في تعليق الابرأ باداء البعض لا يخلو ما ان بدأ بالاداء اولا فان بدأ به فلا يخلو ما ان يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط اولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول * وان ذكره فهو الوجه الثاني * وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بالابرأ اولا فان بدأ به فهو الوجه الثالث * وان لم يبدأ فلا يخلو ما ان بدأ بحرف الشرط اولا فان لم يبدأ فهو الوجه الرابع * وان بدأ فهو الوجه الخامس أما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظهر مما تقدم والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على ان الثابت اولا لا يزول بالشك فاذا قدم الابرأ حصل مطلقا ثم بذكر ما بعده وقع الشك لانه ان كان غوضا فهو باطل كما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا تقييد به وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت اولا وفي عكسها عكس ذلك والرابع وجهه

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

وجهه انه اذا لم يوقت للاداء وقتا ظهرا ان اداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا في مطابق
الازمان فلا يصح ان يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق الا جهة العوض
وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم ان البراء لا يحتمله فلا يكون
صحيا ومن قال لا خروا فربك بما لك علي حتى تؤخره عني او تعطه عني بعضه
فنفعل اي اخراو حظا زعليه اي نفذ هذا التصرف علي رب الدين فلا يتمكن من المطالبة
في الحال ان اخروا بدلا ان حظا لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة والتحليف لا يقال
هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقر لان تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع عينا
بطعام يأكله لجوع قد اضطر به كان يبعه نافذا ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا فاما اذا
قال علانية يؤخذ المقرر بجميعه

* فصل في الدين المشترك *

اخبر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد **قوله** فاذا كان الدين
بين شريكين اذا كان الدين بين شريكين فصالح احد هما من نصيبه علي ثوب فشريكه
بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك
الا ان بضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيارا لشريكه في اتباع الغريم او شريكه المقابض
واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما منه شيئا فليصاحبه ان يشاركه
في المقبوض وهو الدراهم او الدنانير او غيرهما لان الدين ازداد خيرا بالقبض اذ مالية
الدين باعتبار رقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الي اصل الحق فيصير كزيادة الولد والشرقة
وله حق المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد
لما جاز تصرف المقابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمره
بغير اذن الاخر اجاب بقوله لكنه اي المقبوض قبل ان يختار الشريك مشاركة المقابض
فيه بابق علي ملك المقابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

وينفذ تصرفه فيه وبضمن شريكه حصته وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحقق كمن مبيع صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع احدهما نصيبه من رجل بخمس مائة وباع الآخر منه نصيبه بخمس مائة وكتب عليه صكوا واحدا بالف درهم ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما واجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك * قال صاحب النهاية ثم ينبغي ان لا يكتفى بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ينبغي ان يراد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط ان يتساوى في قدر الثمن وصفته لانهما لو باعا صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما وكذلك لو اشترط احدهما ان يكون نصيبه خمسمائة بخبة ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر ان يشاركه في ما قبضه لان التسمية تفرقت وتميز نصيب احدهما عن الآخر وصفاء عمل المصنف رح انما ترك ذكره لانه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته * ولما فرغ من بيان الاصل قال اذا عرفنا هذا ونزل عليه مسئلة الكتاب هذا اذا كان صالحا على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشتركه في ما قبض لما نلنا من الاصل ثم يرجعان بالباقى على الغريم لانهما لما اشتركا في المقبوض لابد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة **قوله** ولو اشترى احدهما بنصيبه ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه ان يضمه ربع الدين وليس الشريك مخبرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملاي من غير حطيطة واغماض لان مبنى البيع على المما كسة ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

لان مبناه على ذلك فلو الزمناه في الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيخير القابض لما ذكرنا من قوله الا ان يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب انه ملكه بعقده اما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض اجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الي ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لاينا في ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا تنعين في العقود واذ اظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها الزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها واما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء حتى تقع المقاصة به فتعين ان يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشرى الساعية بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه املا ينتقل ماله عليه فانه خاف باطل فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض في الفصول الثلاثة لانه رضي بالتسليم ليعلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما اذا مات المحتال عليه مغلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على احد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فاقرب ذلك لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على ان آخر الدينين قضاء من او لهما اذ العكس يسلم التزام القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما على المدبون عشرة من درهما فابرا احد الشريكين من نصف نصيبه كان المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة ولو ابرأه عن نصيبه صح عند ابي يوسف رح خلاه لهما

(كتاب الصالح -- * باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب
 حيث ذكر قول محمد ر ح مع قول ابيوسف ر ح وذلك سهل لجواز ان يكون المصنف ر ح
 قد اطلع على رواية محمد مع ابي حنيفة رحمه الله و ابي يوسف ر ح اعتبر التأخير لكونه ابراء
 موقفا بالابراء المطلق و قال يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتنياز احد النصيبين عن الآخر
 باتصاف احد هما بالحلول والآخر بالتأجيل وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف
 شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولتأمل ان يقول بتأخير البعض
 هل يتميز احد النصيبين عن الآخر ولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض
 وان لم يتميز بطل قولكم لامتنياز احد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه
 ان تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجهه في ما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لامتنياز
 احد النصيبين لاستلزام التأخير الامتنياز فان قيل فقد جوز ابراء احد هما عن نصيبه وذكر
 الابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوب او بعضه لافي ما يستحيل فيه ذلك واجيب
 بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بموجود فلا نسمة لايقال
 لو كان القسمة امر او وجود يلزم ما ذكرتم وانما هي رفع الاشتراك والاتحاد وما ثبت
 قسمة ذلك عدمي فلا نسلم انها تقتضي وجود النصيبين لانا نقول القسمة افراد احد
 النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع
 الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الاصلية ولو غصب احد هما عيناً منه واشتراه
 شراء فاسداً فهل في يده فهو قبض لان ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر
 الدينين فيصير قضاءً للاول وكذا اذا استأجر من التعريم بنصيبه دار او سكنها فاراد شريكه
 اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضياً نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ما عدا
 منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها وكذا الاحراق
 عند محمد ر ح خلافاً لابي يوسف ر ح وصورته ما اذا رمى النار على ثوب المديون فاحترقه وهو

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

وهو يساوي نصيب المحرق واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك الساكت ان يمنع المحرق بالاجماع * لمحمد ر ح ان الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالغصب والمديون صار قابضا نصيبه بطريق المقاصد فيجعل المحرق مقتضيا * ولابي يوسف ر ح انه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه يملك البضع وانه ليس بمال منقوض ولا مضمون على احد فكان كالجناية وروى بشر عن ابي يوسف ر ح انه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب المرأة آخر الدينين فيصير قضاء للاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه الجناية العمد اتلاف كالنزوج به لانه لم يقبض شيئا بل للشركة بل اتلف نصيبه * قيل وانما قيد بقوله عمد لانه في الخطاء يرجع عليه واعلقه في الابضاح فقال ولو شجحه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح وارى انه قيد بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء **قوله** واذا كان السلم بين شريكين اذا اسلم رجلا في رجلاني كرحطة فصالح احد هما مع المسلم اليه على ان يأخذ نصيبه من راس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا باجازة الآخر فان اجاز جاز فكان المقبوض من راس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشترك بينهما وان لم يجز فالصلح باطل وقال ابو يوسف ر ح جاز اعتبار ابسائر المديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا وبما اذا اشترى عبدا قال احد هما في نصيبه بجماع ان هذا الصلح اقاله وفسخ لعقد السلم ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجهان * اخذ هما انه

(كتاب الصلح — باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

لوجاز فاما ان اجاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزومه
قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا يظهر الا بالتمييز ولا تميز الا بالقسمة وقد تقدم
بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الاخر لتناول بعض نصيبه **قول** بخلاف شراء العين
جواب عن قياس ابي يوسف رح المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء
العين فان اذا اخترنا فيه الشق الاول من الترد بدلم يلزم المحذور المذكور في السلم
وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف رح بقوله وهذا لان المسلم فيه يعني ان المسلم
فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قائم بهما فلا ينفرد احد هما به **فعد***
والثاني انه لو جاز الصلح لشارك في المقبوض من رأس المال لان الصفقة واحدة وهي
مشتركة بينهما واذا شارك فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك
حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان سافطا بالصالح ثم عار بعد سقوطه واعتراض بان هذا
المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فاذا شارك صاحبه في النصف
رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بان هذا لا يخلو بل الدين
واخذه يؤذن بتقدير المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة
صاحبه لان الديون تقتضي بامانها في السلم يكون فسحا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد
السبب قالوا ابي المناخرون من مشائخنا هذا الاختلاف بين علما لنا انما هو اذ اخطأ
رأس المال وعقد عقد السلم * راعا اذا لم يخطأ فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف ايضا
وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وهو قوله والعقد قائم بهما فلم ينفرد احد هما برفعه ولا فرق
في ذلك بين ان يكون رأس المال مخلوطا بغيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز
وهؤلاء نظروا الى الوجه الثاني وهو قوله لوجاز لشارك في المقبوض لان ذلك باعتبار
مشاركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل واحد منهما بما يخصه من رأس المال
ومنشأ اختلاف المأخرين في ان اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال او على

(باب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في التخرج)

الاطلاق ان محمد ارج ذكر الاختلاف في البيع مع ذكر الخلط وذكرني كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط ان الآخر لا يشاركه في ما تبض المصالح في قول ابي يوسف ررح ولم يذكر قول ابي حنيفة ومحمد ررحهما الله فظن بعضهم ان ترك الذكر لاجل الاتفاق * قيل وليس بسد يد لان الموجب للشركة في المتهوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف في ما خلط ولم يخلط

* فصل في التخرج *

التخرج من الخروج وهو ان يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم * ووجه تاخيرها قلده وقوعه فانه كلما يرضى احد بان يخرج من الميراث بغير استثناء حقه وسببه طلب التخرج من الورثة ذلك عند رضى غيره به ولد شروط تذكر في اثناء الكلام وتصوير المسلم ذلك كراهه في مختصر الضوء والرسالة **قلده** وان كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احد هم من الميراث او عروضا جاز فل ما اعطوه او كثر * وقيد بذلك لانها لو كانت من السقوط كان هناك شرط سند كره وهذا لانه يمكن تصحيحه ببيع او بيع يصح بالتليل من الشمن والكثير ولم يصح جعله ابراء لان ابراء من الاعيان الغير المضمونة لا يصح فان قيل لو كان ببيع الشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالته تقصد البيع اجيب بان الجهالة المنضية الى النزاع تقصد البيع للاعتناع عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا الاحتجاج الى تسليم فلا يفتضي الى المازعة وصار كمن اقرانه غصب عن فلان شيئا واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلم مقدارها وفي جواز التخرج مع جهالة المصالح عنه اثر عثمان رضي الله عنه وهو ما روي محمد بن الحسين عن حدث عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلثة وثمانين الفا على ان يخرجوها من الميراث وهي تماضر وكان طلها في مروضه فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشرط وكانت لداربع نسوة

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في التخرج)

واولاد فخطها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءً فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءً واخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين الفا ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهباً او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفاً غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحداً لكونها في يده يكتفى بذلك القبض اي القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبضاً امانة او قبضاً ضماناً ناب احد هما مناب الآخر اما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فاما اذا كان الذي في يده بقيتها مقرافاً لانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوها على احد التقدين فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله وزيادة تحقه من بقية التركة فان كان مساوياً لنصيبه او اقل لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربوا اما اذا كان مساوياً فلزيادة العروض واذا كان اقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم وان كان مجهولاً ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء ايضاً لما مر ولا بد من التقابض في ما يتقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا التدوير وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه او اقل من الدراهم حالة التصادق اما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الوارثة الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليها حينئذ لقطع المازعة ولا فتداء اليمين وليس في ذلك ربوا او كان بدل الصلح عرضاً جازاً مطلقاً او كثر وجد التقابض في المجلس او لا ولو كانت في التركة دراهم ودنانير وبطل الصلح كذلك جاز الصلح كيف ما كان صرفاً للجنس الى خلافه كما في البيع ولكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفاً قوله

قوله وإذا كان في التركة دين على الناس وإذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على أن يخرجوا من صلح من الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا أما في الدين فلأن فيه تملك الدين من غير من عليه الدين وهو حصه المصالح وأما في العين فلا اتحاد الصفة والخيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فإنه إسقاط أو تملك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة أما في الوجه الأول فلأن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والتقدير من النسيئة والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون قبل لا يجوز لا احتمال الربوا وهو قول الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وقيل يجوز وهو قول الغني أبي جعفر لا احتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وإن كان في احتمال أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وأبست باعتبار ولو كانت التركة غير المكيل أو الموزون لكنها أعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل أو موزون أو غير ذلك قبل لا يجوز لكونه بيعا إذا لا يصح أن يكون أبرأ لأن المصالح عنه عين والأبرأ عن العين لا يجوز وإذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الأصح لأنها ليست بمفضية إلى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة فماتمه احتياج إلى التسليم حتى يفضي إلى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لا احتياجه إلى ذلك وإن كان على الميت دين فاما أن يكون مستغرا أو غيره ففي الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن الوارث لم يملك التركة وفي الثاني لا ينبغي

(كتاب المضاربة)

ان يصالحوا مالهم بقضوا دينه لتقدم حاجة المبت ولو فعلوا فالواجب جواز واما القسمة فقد قال
 البخاري انها لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا وجه الاستحسان ان الدين يمنع تملك
 الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قبضائه ووجه القياس
 ان التركة لا يخلو عن قليل الدين فيقسم نفيا للضرر عن الورثة والله اعلم

* كتاب المضاربة *

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة والمضاربة مشتقة من الضرب
 في الارض وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى
 وَأَخْرَجُوا يَصْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَمْتَعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ * وفي الاصطلاح دفع المال الى
 من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرط * ومشروعيتهما للحاجة اليهما فان الناس
 بين غني بالمال وغبني عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليدي خالي اليد
 عن المال فكان في مشروعيتهما انتظام مصلحة الزكي والغبني والفقير والغني * وفي الحقيقة
 راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهي تعلق البقاء المقدر بتعاطيها * وركنها
 استعمال الناظ تدل على ذلك مثل دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملة
 او اخذ هذا المال او اعمل به على ان مارزق الله فكذا * وشروطها نوعان صحيحة وهي
 ما يبطل العقد بغوائه وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك * وحكمتها
 الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح **قوله** وبعث النبي عليه السلام بيان ان ثبوتها بالسنة
 والاجماع فانه عليه السلام بعث والناس يباشرونه فقرره على ما روي ان عباس بن عبد المطلب
 رضي الله عنه كان اذا وقع مضاربة شرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا
 ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
 فاستحسنه وتقرير النبي عليه السلام امر ايعاينه من اقسام السنة على ما علم وتعاملت به
 لصحابة رضي الله عنهم من غير تكبر فكان اجماعا **قوله** ثم المد فوع الى المضارب امانة في يده

يده المدفوع الى المضارب من المال امانة في يده لانه قبضه بامر مالكة لاعلى وجه البذل
 كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو امانة
 ومع ذلك فهو وكيل فيد لانه يتصرف فيه بامر مالكة فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزء
 من المال بعمله وهو شائع فيشرکه و اذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل
 لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجرة على عمله فلماذا يظهر معنى الاجارة
 اذا فسدت ويجب اجر المثل وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصبا
 لوجود التعدي منه على مال غيره **قوله** المضاربة عقد على الشركة هذا تفسير المضاربة على
 الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم ان الشركة في ما ذنصرة
 المصنف رح بقوله ومراة الشركة في الربح اي لاني رأس المال مع الربح لان رأس المال
 لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب
 ولا مضاربة بينهما اي بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد بانتزاعها لان المضاربة عقد
 على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة الا يرى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة
 ولو شرط للمضارب كان قرصا ولا تصح المضاربة الا بالمال الذي صح به الشركة وهو
 ان يكون رأس المال دراهم او دنانير عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله او فلو سا
 رائجة عند محمد رح وبما سواها لا يجوز وقد تقدم في كتاب الشركة ولودفع اليه عرضا
 وقال بعها عمل مضاربة في ثمنه جاز لان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكليل
 واجارة يعني انه مشتمل على التوكيل والاجارة بالراء او الاجارة بالزاي وكل منهما
 يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب ان يكون عقد المضاربة كذلك لا بخلاف
 الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب قبض مالي على فلان واعمل به
 مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة وبخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك
 لي فانه لا تصح المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخييم اما عند ابي حنيفة رح فلان

هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع أي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب
الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فأمرة أن يشتري بها هذا العبد إلى آخره
وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله وإذا كان المشتري للمشتري كان
رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح وأما عند هـما فإن التوكيل يصح ولكن
يقع الملك في المشتري للأمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز **قوله** ومن شرطها
أن يكون الربح بينهما مشاعاً ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعاً معناه أن لا يستحق
أحد هـما دراهم مسماة لأن شرط ذلك يتألف في الشركة المشروطة لجوازها والمنا في لشرط
جواز الشيء منافع له وإذا ثبت أحد المتألفين انتفى الآخر ثم فسّر ذلك بقوله فإن شرط زيادة
عشرة دراهم نله أجر مثله لفساده لأنه ربما لا يربح إلا هذا القدر فنقطع الشركة وهذا أي
وجوب أجر المثل لأنه عمل لرب المال بالعقد وابتغى به عن منفعته عوضاً ولم ينله لفساد العقد
ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لكونه لرب المال لأنه نماء ملكه
فتعين أجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجوز
بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف ربح قبل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة
المشروطة لأن ذلك تغيير للمشروع فكان وجوده كعدمه وقال محمد ربح يجب بالغاما بلغ
كما بينا في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأنه أجبر وأجرة الأجير
تجب بتسليم المنافع كما في أجبر الواحد فإن في تسليم نفسه تسليم منفعته أو بتسليم العمل
كما في الأجير المشترك وقد وجد ذلك وعن أبي يوسف ربح أنه لا يجب له شيء إذا
لم يربح اعتباراً بالمضاربة الصحيحة فإن فيها إذا لم يربح لا يستحق شيئاً مع أنها فوق الفاسدة
بمعنى الفاسدة الأولى فإن قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوي
فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد وأجيب بأن الفاسد
أنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تُعقد

تعتقد شركة لا اجارة والفاسدة تعتقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله اجر مثله في ما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين * احدهما الاعتبار بالصحيحة * والثاني ان راس المال عين استوجر المضارب ليعمل به هو لا غير فلا يضمن كاجبر الواحد وهذا التعليل يشير الى ان المضارب بمنزلة اجبر الواحد من حيث انه اجبر لا يمكن له ان يؤجر نفسه في ذلك الوقت لاخر لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستأجراً مستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لاجبر الواحد ان يؤجر نفسه مستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول ابي جعفر الهندواني رح وقيل المذكور ههنا قول ابي حنيفة رح وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على ان المضارب بمنزلة الاجبر المشترك لان له ان يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجبر المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند ابي حنيفة رح خلافا لهما قال الامام الاسي جابي في شرح الكافي والاصح انه لا ضمان على قول الكل لانه اخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحت او فسدت امانة لانه لما قصد ان يكون المال عنده مضارباً فقد قصد ان يكون اميناً وله ولاية جعله اميناً * ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بما رجلى فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح كما اذا قال لك نصف الربح او ثلثه او شرط ان يدفع المضارب دارة الى رب المال ليسكنها او ارضه سنة ليزرعها فانه يفسد العقد لاختلال مقصوده وهو الربح وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل واجرة الدار والارض فكانت حصة العمل مجهولة وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها وتفسد الشروط كاشتراط الوضبعة على رب المال او عليهما والوضبعة اسم لجزء هالك من المال ولا يجوز ان يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة بقيل شرط العمل على

(كتاب المضاربة)

رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل تفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسد هاهي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعلوم صحيح لجواز ان يقال زيد المعلوم ليس يصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه **قوله** ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا بد ان يكون رأس المال مسلما الى المضارب ولا يذلل رب المال فيه بتصرف او عمل لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل لئتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص واما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المتصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقدا كالصغير اذا دفع وليه او وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد المالك ثابتة وبقاء يد غيره يمنع التسليم الى المضارب وكذا الحد المتناوضين واحد شريك العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا اذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فاما ان يكون من اهل المضاربة في ذلك المال اولا فان كان الاول كالأب والوصي اذا دافع مال الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جازت لانهما من اهل ان يأخذ مال الصغير مضاربة فكانا كالأجنبي فكان اشترط العمل عليهما بجزء من المال جائزا وان كان الثاني كالمأذون يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فينزل منزلة المالك في ما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا من صحة المضاربة **قوله** واذا صححت المضاربة مطلقة المراد بالطلاق ما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يرد على ذلك فيجوز للمضارب ان يبيع نقدا

نقد او نسيئة ويشترى ما بداله من سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل
 الا بالتجارة فالعقد باطلا فانه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو من صنع التجار لكونه مفضيا
 الى المقصود فيوكل ويضع ويودع لانها من صنعهم ويسافرون المسافرة ايضا من
 صنعهم ولفظ المضاربة مشتقة من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك
 وعن ابي يوسف رحمه الله ان يسافروا عن ابي حنيفة رحمه الله ان دفع اليه في بلد
 المضارب ليس له ان يسافر لانه تعرض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه
 في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذا الانسان لا يستديم الغربة
 مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان دليل الرضاء بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه
 وظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني انها من صنع التجار ولا يجوز
 للمضارب ان يضارب الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء
 لا يتضمن مثله ولا يرد جواز اذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة
 للمستأجر والاعارة للمستعير في ما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لما تجانسها
 وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة او الاو والوكالة ثانيا وليس للمودع
 والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن التوافي
 سيجي في مواضعها بخلاف الايداع والابضاع لانهم ادونه فيتضمنهما وبخلاف الاقراض
 فانه لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعديم في ما هو من صنع التجار
 وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح
 لانه لا يجوز الزيادة على القرض اما الدفع مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن
 صنعهم فيجوز لهم يدخل تحت هذا القول يعني قوله اعمل برأيك فان قيل اذا كانت
 المضاربة من صنعهم والمقصود وهو المصباح يحصل بها تعددت جهة الجواز فينبغي
 ان يترجح على جهة عدم اجيب بان كلاما من جهتي الجواز صالحة للعلية فلا يترجح

(كتاب المضاربة)

غيرها بها كما عرف وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل والتوكيل في شيء معين يختص به وفي التخصيص في بلد بعينه فائدة من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وخيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق الثقة في مال المضاربة اذ الم يسافر فيجب رعايتها توفيراً لما هو المقصود وهو الربح وليس له ان يضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذ الم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف امره فصار غاصبا وان لم يشتر و رده الى بلدة الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم تزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والغرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفسه الاخراج واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا من البقاء في يده بالعقد السابق واما اذا اشترى ببعضه فيه وبعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه ضيعته لتحقيق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتقاء حكم المضاربة في ما بقي وفيه نظر لان الصفة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد اشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال المصنف رح والصحيح ان بالشراء يتمم الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء يعني في الجامع الصغير للتمتع

للتقرر لا اصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال علي ان يشتري في سوق الكوفة
حيث لا يصح التقييد لان المصروع تبين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح
بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه ونوقض
بما لو قال علي ان تبع بالنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني
على اصل وهو ان التقييد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع
عند النهي الصريح لغو عند السكوت عنه * فالاول كال تخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم * والثاني
كصورة النقض فان البيع نقد ابشدر كان عن النسيئة خير ليس الافكان التقييد مضرا *
واما الثالث فكالنهي عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات اما كن مختلفة
حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له ان يحفظ في غيرها
وقد يختلف الاسعار ايضا باختلاف اماكنه وغير مفيد من وجه وهو ان المصروع تبين اطرافه
جعل كمكان واحد كما اذا شرط الايفاء في السلم بان يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه
حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم نعتبر عند السكوت عند **قوله** ومعنى التخصيص
ذكر الفاظ تدل على التخصيص وتقدر الكلام ومعنى التخصيص يحصل بان يقول كذا
وكذا اي بهذه الالفاظ والغرض من ذكر التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل
وجملة ذلك ثمانية * ستة منها تنبذ التخصيص * واثنان منها يعتبر مشورة والضابط لتمييز ما يفيد
التخصيص عما لا يفيد هو ان رب المال اذا اعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصلح الابتداء به
ويصلح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لئلا يلغوا واذا اعقبه ما يصلح الابتداء به لم يجعل متعلقا
بما تقدم لانتفاء الضرورة وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال علي ان تعمل كذا او في مكان
كذا او قال خذ به بالكوفة مجزوما ومرفوعا وكلام المصنف رح يحتملها او قال
فاعمل به بالكوفة او قال خذ بالنصف بالكوفة او قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكر المصنف رحمه الله
لان قوله تعمل بالرفع يعطي معناه فقد اعقب لفظ المضاربة ما لا يصلح الابتداء به حيث لا يصلح

(كتاب المضاربة)

ان يبتدأ بقوله على ان تعمل كذا او بقوله تعدل بالكوفة او بغير هذا وهو واضح لكنه يصلح جعله متعلقا بما تقدم فجعل قوله على ان تعمل شرطا ان المفيد منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال في المصر وقوله تعدل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لان الفاء فيهما للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمجهول تفسير له وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للاتصاف وتقتضي الصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ماصتقا بالكوفة وهو يكون العمل فيها واذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعلم بالكوفة بغير واو او به فقد اعقب ما يصلح الابتداء به اما بغير الواو فواضح واما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة كانه قال ان فعلت كذا كان انفع فان قيل فلم لا يجعل واو الحال كما في قوله ادالي الفاوانت حرا جيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيد الريادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب وفي التنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع مالا في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغيره **قوله** وهذا هو المراد عرفا لا في ما وراء ذلك يعني غير المكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاهل ان يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة او بغيرها وتقديره ان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ولما لم يخص المعاملة في الصرف بشخص بعينه مع

مع تفاوت الاشخاص دل على ان المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله وكذلك
 ان وقت للمضاربة معناها ان التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتيقيد بالنوع والمكان **قوله**
 وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال ليس للمضارب ان يشتري
 من يعتق على رب المال للقاربة او غيرها كالمحلول بعته لان العقد وضع لتحصيل الربح
 وذلك يتحقق بالنصرف مرة بعد اخرى وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعته فالتعقد
 لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء عبد مطلقا
 ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرار
 التصرف ليس بدقصور في الوكالة حتى او كان مقصود الوكيل وقيد بقوله اشترى عبد ابيعه
 فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا ولهذا اي واكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح
 لا يدخل في المضاربة شراء مالا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالمينة لانتهاء التصرف فيه
 لتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل
 اي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتر بالنفس دون المضاربة لان الشراء متى
 وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احتراز
 عن المصبي والعبد المحجورين فان شراءهما يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان
 نقد الثمن من مال المضاربة فيتخير رب المال بين ان يسترد المقبوض من البائع ويرجع
 البائع على المضارب وبين ان يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى بمال المضاربة
 دينا عليه واما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل اما ان يكون في المال ربح واولا
 فان كان لم يجزله ان يشتره لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لانتهاء جواز
 بيعه لكونه معتسما عند الحقيقة راجح او يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزى
 الاعناق فيمتنع التصرف فينتفى المتصور كما ان شراهم من مال المضاربة ضمن لانه يصير
 مشتر بالعبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من مال المضاربة وان لم يكن في المال

(كتاب المضاربة)

ربح جازان يشترى بهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة فيه فإذا ازدادت قيستهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم ملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئاً لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة أي نصيبه من الربح امر حكسي لا صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كالمرأة اشترت ابن زوجها فماتت وترك زوجها واحداً عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاختيه شيئاً لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصة رب المال من الربح لانه احتبست ماله عند العبد فيسعى العبد فيه كما في الوراثة **قوله** وان كان مع المضارب الف بالنصف وان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بوادي ساوي الغافاد عاه ثم بلغت قيمة الغلام الفاً وخمسائة والمدعي موسر وان شارب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه ولا يضمن المضارب شيئاً وانما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار وكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسراً ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر صدد ورهامن اهلها في محلها حملاً على الغراش بالنكاح بان زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقته منه لكنه أي الادعاء لم يتقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعباناً كل واحد منهما يساوي رأس المال كما لو اشترى بالف المضاربة عبد بن كل واحد منهما يساوي الغافانه لا يظهر الربح وان لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك ويدون الملك لا يثبت الاستيلاء واعتراض بوجهين * احدهما ان الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فيبقى كذلك وتعين ان يكون الولد كله ربحاً * والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة فرسين كله احد منهما يساوي الفاً كان له ربحهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح واجيب

واجب عن الاول بان تعيينها كان لعدم المزاحم لالانها راس المال فان راس المال هو الدرهم
وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعيينها ولم يكن احدهما اولي اذ لك من الآخر فاشتغلا
براس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناس مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان
جملة واحدة فاذا اعتبر اجملة حصل البعض ربها بخلاف العبدين فانهما لا يتسمان
جملة بل كل واحد يكون بينهما على حباله لكون الرقيق اجناسا مختلفة عند ابي حنيفة ربح
قولا واحدا وعندهما ايضا في رواية كتاب المضاربة * واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح
فكان كل واحد منهما مشغولا براس المال فاذا ازدادت قيمة الغلام على مقدار راس المال
فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا
انها لم تغد لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق
الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان
باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك وامامنا نحن فيه فاخبار
فجاز ان ينفذ عند حدوثه كما اذا اقترحت عبدا غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة
ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة
الولد شيئا لان عتقه ثبت بالنسب والملك آخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعامة
ذات وصفين يضاف اليه آخرهما وجود اصله مسئلة السفينة والقدرح المسكرو لا صنع
له فيه فلا يكون منعدا وضمان الاعناق يعتمد ذلك واذا انتفى الضمان بقي احد الامرين
الاخرين من الاستسعاء والا عناق فان شاء استسعى لا حباس ما ليته عند نفسه
وان شاء اعتق لكونه قابلا للعتق فان المستسعى كما كتب عند ابي حنيفة ربح ويستسعيه
في الف ومائتين وخمسين لان الف مستحق براس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلذا
يسعى له في هذا المقدار قبل لم لا تجعل التجارة راس المال والولد كله ربحا واجيب بان
ما يجنب على الولد بالسعاية من جنس راس المال والتجارة ليست من ذلك فكان تعيين

(كتاب المضاربة — * باب المضارب يضارب *)

الالف من السعاية لرأس المال انسب للتجانس وفيه نظر لان اذا جعلنا التجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ثم اذا قبض رب المال الف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهران التجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعاً بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالكاح ثم ملكها هو وغيره ورائته فانه يضمن شريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية اخيه فاستولدها فمات المزوج وترك التجارية ميراثين الزوج واخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا يصنع له فيه ولم يذكر المصنف رح العقرو هو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب والله اعلم

* باب المضارب يضارب *

مضاربة المضارب مركبة فاخرها عن المفرد اختلف علما وثاني موجب الضمان على المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة ولم يأذن لرب المال فروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فالموجب هو حصول الربح فاذا ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح اولم يربح ثم رجع ابو يوسف رح وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر رح لان ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه الا لهما ان دفعه ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى اي موقوفان عمل ضمن والا فلا ولا بحقيقة رح ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده

وبعد ابعاض والفعلان يملكنهما المضارب فلا يضمن بهما العدم المخالفة بهما الا انه اذا ربح
فقد اثبت له شركة في المال فصار مخالفا لا شراك الغير في مال رب المال وفي ذلك
اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا اي وجوب الضمان على الاول
او عليهما بالربح او العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة واطلق القول ليتناول
كلاهما فان الاول اذا كانت فاسدة او الثانية او كليتهما جميعا لم يضمنه الاول
لان الثاني اجبر فيه وله اجر مثله فلم تثبت الشركة به الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت
الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التقسيم اجيب
بان المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزا بحسب الصورة بان يكون المشروط
لثاني من الربح مقدارا ما تجوز به المضاربة في الجملة بان كان المشروط للاول نصف الربح
وهو مائة مثلا والثاني نصفه **قوله** ثم ذكر في الكتاب يعني القدوري يضمن الاول
ولم يذكر الثاني قبل اختيار منه لقول من قال من المشائخ ينبغي ان لا يضمن الثاني
عند ابى حنيفة رح وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول
رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثاني في هذه المسئلة باجماع اصحابنا وهذا القول
هو المشهور من المذهب وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده لكن لا بد من بيان فرق بين هذه
المسئلة ومسئلة مودع المودع ووجهه ان المودع الثاني يتبضه لمنفعة الاول فلا يضمن
والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز ان يكون ضامنا
ثم ان ضمن الاول صححت المضاربة الثانية لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع
على وجه لم يرغب به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع
على الاول بالعقد اي بسببه لانه عامل له اي للمضارب الاول كما في المودع واعترض
بان كلامه متناقص لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وهما قال لانه عامل للمضارب
الاول واجيب باختلاف الجهة يعني ان المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته

(كتاب المضاربة — * باب المضارب يضارب * فصل)

في الربح وعامل لغيره من حيث انه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز ان يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار وتصح المضاربة الثانية والربح بينهما على ما شرط لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاول لان الثاني يستحقه بعدله ولا خيب فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان فلا يعرى عن نوع خيب لانه ثابت من وجه دون وجه وسيله التصديق **قوله** فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف هذه المسائل الى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح * وانما قال يطيب لهما ذلك اي للمضارب الاول والثاني الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقدين الا يرى انه لو ابضع المال مع غيره او ابضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان الغرور ان لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لاخر هذا الطريق آمن فأسلكه ولم يكن آمنا فأسلكه فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه *

* فصل *

لما كان للمضاربة بعد ادخال عبد المضارب او رب المال حكم غير ما ذكر ذكره في فصل على حدة فقال واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز لقوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئا ان عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب في ما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احتراز عن الثاني فانه اذا شرط ذلك الاجنبي على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه

معها صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق براس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على ان يعمل العبد معه احتراز عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا * اما ان يكون على العبد دين او لا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب او عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لان ما شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفة رح لا يصح الشرط والمشرط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة رح اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشرط لرب المال بلا خلاف فاما اذا شرط ان يعمل العبد وهو المذکور في الكتاب صريحا فهو جائز على ما شرطنا سواء كان على العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة لاسيما اذا كان مأذونا له فاشترط العمل أذن له ولهذا اي ولان للعبد يدا معتبرة لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا اي ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له بنحو بيع المولى من عبده المأذون يعني اذا كان مديونا على ما سيجي واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله ما نعا من التسليم والتخلى بين رب المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على مامر واذا صحت المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واما اذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقدا المأذون لدالي آخره ظاهر

* فصل في الغزل والقسمة *

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الامر الى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو غزل

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في الغزل والقسمة)

المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل **قوله** واذا مات رب المال او المضارب بطلت

المضاربة واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وبموت

الموكل تبطل الوكالة وورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة

بعد اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع الثمن اليه

قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما اخذه ثانيا لم يرجع به

عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا لانغزل اذا عزل رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة

عرضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربه اذا الحق

رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي

واذا ارتد رب المال عن الاسلام والحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد

مسلمًا واما اذا عاد مسلما قبل القضاء او بعده فكانت المضاربة كما كانت اما قبل القضاء

فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعده فلحق المضارب كالمومات

حقيقة واما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند ابي حنيفة رحمه الله لان المضارب

يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف

من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى

لواشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على رده او مات او لحق بدار الحرب فان جميع

ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرط لان له عبارة صحيحة لان صحتها

بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبني على صحة الوكالة وتوقف تصرف

المرتد لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به بقيت المضاربة

خلان ما يلحقه من العهدة في ماباع واشترى يكون على رب المال في قول ابي حنيفة

لان حكم العهدة يتوقف برده لانه لو لم تمته تقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان

كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حاله

حاله في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال **قوله** وان عزل رب المال المضارب اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد ايتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنع الغزل عن ذلك نقدا ونسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح مقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبني على رأس المال بتميزه ورأس المال انما ينضى اي يتيسر ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان يشتري بالثمن شيئا آخر لان الغزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقد افعمل فان عزله ورأس المال دراهم اردنا نبر فقد نصت فلم يجزله ان يتصرف فيهما لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح الظهورة فلا ضرورة في ترك الاعمال قال المصنف رح هذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب لانه ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض **قوله** وعلى هذا موت رب المال يريد به ان الغزل الحكمي كالتصدي في حق المضارب ففي كل موضع لم يصح الغزل القصدى لم يصح الحكمي لان عدم عمل الغزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا تناوت في ذلك بين الغزلين واذا افتقر قاي في المال ديون وقدر ببح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجبر واجره الربح وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض حينئذ والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ابقاء ما تبرع به فان قيل رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالتبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب اجيب بان لا نسلم ان الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء فاذا فعل ذلك فقد ازال يده ولا بد له من ذلك لان حقوق العقد ترجع اليه فان لم يوكل

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في ما يفعله المضارب)

يضع حق رب المال وفي الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة فكان في الكلام استعارة ومجوزها معروفة وهواشئهما على النقل وإنما فسر به ذلك لأن أحل ربما يوهم أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك وعلى هذا سائر الوكالات يعني أن الوكيل إذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقضاء وأما البائع والسمسار وهو الذي يعمل للغير ببيعاً وشرى فانهما يجبران على التقاضي لانهما يعملان بالاجرة عادة وإذا وصل إليه اجرة اجبر على اتمام عمله واستيجارة فلما يخلو عن فساد لانه إذا استوجر على شيء فقد استوجر على ما لا يستقل به لأن الشراء لا يتم إلا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يسأله وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط له أجر فيكون وكيلاً بمعنائه ثم إذا فرغ من عمله عوضه بأجر المثل هكذا روي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

قوله وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الاصل في هذا ان الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى ربه قال عليه السلام مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزائمه او قال عليه السلام فرائضه ولأن رأس المال اصل والربح تبع ولا يعتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شيء استكمل من التبع فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان عليه لانه أمين وان اقتسما تراداً لأن القسمة تغيد ملكاً موقوفاً ان بقي ما عدل رأس المال إلى وقت الفسخ كان ما اخذه كل منه ملكاً له وان هلك بطلت القسمة وتبين

ان المقسوم رأس المال

* فصل في ما يفعله المضارب *

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضاربة زيادة للانهادة وتنبيهاً على مقصودية افعال المضاربة بالاعادة **قوله** ويجوز للمضارب ما كان من صنيع

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في ما يفعله المضارب)

صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فجاز ان يفعله المضارب وما لا فلا فجاز للمضارب ان يبيع بالتقدي والنسيئة لانه من ذلك الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بان باع الى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص بنوع كالطعام مثلا واما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما لحمله عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان للركوب لا يجوز واما اذا كان للحمل فهو ساكت عنه وله ان يستكربها اي السفينة والدواب مطلقا اعتبار العادة التجار فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد رح انه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة * والفرق بينهما ان المأذون لا يصير شريكا في الربح ولو باع نقدا ثم اخرا الثمن جاز بالاجماع اما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لعموم ولايته لكونه شريكا في الربح او بعرضية ذلك الا ان الوكيل يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان له ان يقابل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل تأجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخرا الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاه وكالته واما عند ابي يوسف رح فلان المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئة كما قاله وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان ايسر من المشتري او اعسر منه لما ذكرنا انه لو اقال العقد مع الاول ثم باع بمثله على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم فان تصرفه نظري فلا بد ان يكون المحال عليه ايسر * ثم ذكر الاصل في ما يفعله المضارب بانواعه الثلاثة وهو ظاهر ثم قال ولا يزوج عبد اولا امته من مال المضاربة

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في ما يفعله المضارب)

لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها وجوز ابو يوسف رح تزويج الامة
لانه جعله من الاكتساب بلزوم المنه وسقوط النفقة والجواب انه ليس بتجارة وان كان فيه
كسب نصارى الا عتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة **قوله** فان دفع شيئا من مال
المضاربة الى رب المال فان دفع الى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة ياشترى به
رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلا فالزفر رح قال رب المال تصرف في مال نفسه
بغير توكيل ان لم يصرح به فيكون مسترد المال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء
ولما ان الواجب هو التخليد وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب ولان يوكل ورب المال
صالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبي فرب المال
اولى لكونه اشفق على المال فلا يكون استردا بخلاف ما اذا شرط العمل عليه ابتداء
لانه يمنع التخليد فان قيل رب المال لا يصلح وكيل لان التوكيل من يعمل في مال غيره
 ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في مال نفسه اجيب بان رب المال بعد التخليد صار
كالاجنبي عن المال فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك لصح المضاربة مع رب المال اجاب
بقوله وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد
شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال له فلو جوزناه ادى الى قلب الموضوع
ولما قيل ان يقول رب المال اما ان يصير بالتخليد كالاجنبي اولا فان كان الاول جازت
المضاربة وان كان الثاني لم يجز الابضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب
انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضى المال للدافع
وليس بموجود بخلاف البضاعة فانها توكيل على مامر وليس المال من لوازمه
فان التوكيل قد يجوز ان يوكل وليس المال له واذا لم تصح المضاربة الثانية بقي عمل
رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى وكلام المصنف رح يوهم اختصاص
الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في ما يفعله المضارب)

بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وفيه بدفع المضارب لان رب المال ان اخذ مال المضارب بقدر منزل المضارب بغير امره وباع واشترى فان كان رأس المال نقدا فقد نقض المضاربة اذا الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة وان صار رأس المال عروضا لا يكون نقضا لان النقص الصريح اذا كان رأس المال عروضا لم يعمل فهذا اولى قوله واذا عدل المضارب في المهر فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب الثقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس ان لا يستوجب الثقة في مال المضاربة ولا علمي رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بأمره او بمنزلة الاجير بما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق احد هؤلاء الثقة في المال الذي يعدل به الا ان تركناه في ما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفروقا بينه وبين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بانه عامل له يبدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالاتفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز الرد قد يحصل وقد لا يحصل فلوا اتفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا اخذ شيئا للثقة وهو مسافر فقد م وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شيء من الثقة بعد الرجوع وجعل الحد العاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنقتله في مال المضاربة لان خروجه اذا كان لها والثقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبية كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء او كراء كل ذلك بالمعروف والحق بذلك ما كان من معدات تمييز المال كغسل الثياب واجرة الخادم والحمام والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشيا في حوائج بعدد من الصعا ليك

(كتاب المضاربة -- *باب المضارب* فصل في ما يفعله المضارب)

ويقل معاملوه فصار ما به تكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة والدوا يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لا صلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب **قوله** واذا ربح اخذ رب المال يريد ان المضارب اذا اتفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله كاملا ليكون النفقة مصروفة الى الربح دون رأس المال فاذا استوفاه كان ما يبقى بينهما على ما شرط فان باع المضارب المتاع بعد ما اتفق مرا بحة حسب ما اتفق على المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والتصار والصباغ ولا يحسب ما اتفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل لدا عمل برأيك فهو متطوع لانه استدانته على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه كما مر وانما ذكرها بعد ما مر تمهيد القول وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الالوان كاحمرة الا السواد عند ابي حنيفة رح لان الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برأيك ينتظمه فاذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرا بحة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصار بفتح القاف والحمل فانه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء ولهذا اذا فعله الغاصب فزاد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا واذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين ان يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين ان يضمه جميع قيمة الثوب ايض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون اقل حاله منه فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا صبا فيجب ان يضمن كالغاصب بل تفاوت بينهما اجب بان الكلام في

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل آخر)

في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط والصبغ اختلط ماله بمال المضارب
فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن * وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون مأذونا
بهذا الفعل او غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب
كالغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا لكونه لم يقع على المضاربة لان فيه
استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك الله اعلم

* فصل آخر *

هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة **قوله** فان كان
معه الف ماذكرة المصنف ربح واضح ومبناه على اصل وهو ان ضمان رب المال للمبايع
بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالمضمون على المضاربة والربح بينهما
على ما شرطوا ضمان المضارب للمبايع بسبب هلاكه مانع عنها * وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام
في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها بزا فهو مضاربة فاذا باعه بالغين ظهرت
حصة المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى جارية بالالفين وقع ربعها للمضارب لان ربع
الثلث له وثلاثة ارباعها لرب المال فاذا هلك الثمن كان غرم الربيع على المضارب
وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع التجارية
لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على ان المضارب
امين فيكون الضمان منافيا لها ولو ابقينا نصيبه على المضاربة لا بطلنا ما غرم لانه يحصل
ان يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع التجارية بأربعة آلاف
صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك الف بقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة
لان ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال وثلاثة ارباع
كذلك كان رأس المال في ذلك الفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصيبين **قوله**
وان كان معه الف معناه واضح وقوله لتغائرا المقاصد لان متصوّر رب المال وصوله الى الاثني

كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل آخر (

مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة البدل على العبد وقوله الا ان فيه شبهة عدم
انتي عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستند به الفا
لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في الدراجحة فاعتبر ابل الثمنين وهو خمس مائة
لثبوته من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالظن الى ان يبيع ماله بماله **قوله** فان كان
معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل السيد رجلا خطأ كان الدفع والنداء
اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه فثلثة ارباع الفداء
على رب المال وربعة على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتعذر بقدره وكان الملك
بينهما ارباعا لان رأس المال لم يصار عبدا واحدا يظهر الربح وهو الف بينهما ولهذا اعتق الربح
ان كان العبد قربة والف وهو رأس المال وقيد العين بالوحدة احتراز عما اذا كانت عينين
فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة امانصيب
المضارب فلما بيناه انه صار مضمونا عليه فلا يكون امانته ومال المضاربة امانته واما نصيب
رب المال فلتضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما لاستخلاص
كل منهما بالفداء ما يخصه والمضاربة تنتهي بالتسمة بخلاف ما تقدم بعني به ما اذا ضاع
الالفان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه
على المضارب لكونه العاقد والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله ولان العبد
كالزائل لانه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك فدفع
الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما
رب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم يريد به ما تقدم في المسئلة المتقدمة وهي ما اذا ضاع
الفالفان فان العبد فيها على المضاربة فان كان معه الف فاشترى بها عبدا وهلك قبل النقد
الي البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع
بالبدفع لان المال في يده امانة وقد هلك وبقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب

(كتاب المضاربة -- * باب المضارب * فصل في الاختلاف)

قوله وان كان مع المضارب الفان اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار ربح
رأس المال مثل ان يقول المضارب ومعه الفان دفعت الي الف ورجعت الف وقال
رب المال لابل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة رح يقول اولاً
القول قول رب المال وهو قول زفر ربح لان المضارب يدعي الشراكة وهو ينكر والقول
قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض
والقول في ذلك قول القابض ضميناً كان كالعاصب او اميناً كالمودع لكونه اعرف بمقدار
المقبوض وانا كان في مقدار الربح مع ذلك اني مع الاختلاف في رأس المال مثل ان يقول رب المال
رأس المال الفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف والمشروط
نصفه فالقول فيه اي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان اصافي رأس
المال فلما مر من الدليل واصافي الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستقار من جهة
رب المال ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا
انكر الزيادة وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى
من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات
للاثبات واذا كان الاختلاف في صفة رأس المال كما اذا قال من معه الف درهم هي مضاربة
لفلان بالنصف وقد رجعت الف وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي عليه
تقويم عمله بمقابل الربح او شرطاً من جهته بمقدار من الربح او الشراكة فيه وهو ينكر
ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او ودعة فالقول لرب المال
والبينة المضارب لانه يدعي عليه تملك الربح وهو ينكر وسماه مضارباً وان اتفقا على
عدم الاحتمال ان يكون مضارباً في الاول ثم اقرضه ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب
لانه اثبت التملك ولو ادعى رب المال الترض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب
لانه اتفقا على الاخذ بالاذن ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في الاختلاف)

فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين وبالقبض ثانيا لا يصير المضارب مستمرا
لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو امانة وبيع
مناقاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع على رب المال مرة بعد اخرى
الى ان يسقط عند العهدة بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه
قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا مرة واحدة لانه امكن ان يجعل مسرورا
لان الوكيل له بجامع اضمنان كالغاصب اذا وكله المصنوب منه ببيع المصنوب فانه يصير
وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المصنوب وجب الضمان ولم يعتبر
امينا وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد تقدم على قبض الامانة ويجوز
ان يعتبر اجمعا وليس في مانحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته
لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب الغاصب المضارب المصنوب منه الغاصب وجعل رأس المال
المصنوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق
دفعاً للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم
الوقوع ويمكن ان يجاب عن بان مقصود المصنف رحمه الله دفع استحالة اجتماعهما وما كونه
مستوفيا ثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذ يرجع عليه
بالى اخرى اعلافا ما هنالك تحقيق رب المال لا يضيع لانه ملحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله
على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا هون الامر بين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره
بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري وقوله ولو غصب الغاصب الى آخره لم يثبت في الرواية
تخرج الى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة للفرق بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل
اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصبر به مستوفيا وفي الثاني لا يرجع اصلا وكلامه فيه

* فصل في الاختلاف *

اخبرنا النصل عما قبله لانه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين الد

(كتاب المضاربة - * باب المضارب * فصل - في الاختلاف)

لرب المال وان اقامها لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان
قبل التصرف فالقول لرب المال اما اذا انكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر
وكذا اذا انكر العموم لانه يجعل انكاره ذاك نهيا له عن العموم وله ان ينهي عنه قبل التصرف
اذ اثبت منه العموم نصا فهمنا اولى وان كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله قياسا
واستحسانا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها العموم
والتخصيص بالشرط بدليل انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع
التجارة فلولم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتخصيص على ما يوجب التخصيص
في الوكالة واذا كان كذلك كان مدعى العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى
كل واحد منهما نورا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن يستفاد من جهة
والبيينة بينة المضارب قال المصنف رح لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البيينة
واعترض عليه بان البيينة للاثبات لا للنفي وبان الاخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البيينة
واجيب بان اقامة البيينة على صحة تصرفه يلزمها نفي الضمان فاقام المصنف رح اللازم مقام
الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة هو سبب الضمان ثابت باقرار الاخر فلا يحتاج الى بيينة
ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان اخر الشرطين ينقض الاول وان
لم يوقتا او وقتا على السواء او وقت احد لهما دون الاخرى فالبيينة لرب المال لانه تعذر القضاء
بهما مع الاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما يعمل بيينة
رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت

* خاتمة الطبع *

قد طبع بعون الله ذي الكفاية والهداية * الجزء الثالث من كتاب العناية سنة الف ومائتين
 اربعين من هجرة سيد الانام * على صاحبها *
 الدنيا بالايام * نهار سابعة عشر من شهر شعبان * للعلامة *
 الهمام اكمل الملوك والدين * محمد بن احمد الحنفي ربي سنة
 ونمانين * افاض الله عليه سجال الرحمة والغفران وبوادة دار الجنان * بتصحيح
 الامام * وفدوة الفضلاء الكرام * الحافظ الحاج الحلّاحل الشهير * العالم المنور ع المولوي
 احمد كبير * وافضل العلماء الراغبين صاحب التحقيق الخفي والجللي * الفاضل المديق
 المولوي فتح علي * والعالم المحقق النيد * المولوي محمد وجيه * وفخر المدين المولوي
 محمد بشير الدين * وذي الطبع السليم * والرأي المستقيم * المولوي محمد كلیم * والفاضل الذي
 هو بالتبجيل احق * المولوي محمد نور الحق * ضامف الله حسناتهم * وافاض على العالمين
 بركاتهم * باهتمام المتخلي بالزین * والمتخلي عن الشين * المنشي بابورام دهن سين *
 على يد رئيس الحاذقين في الصناعة الفائق على الاقران * المنشي چاند خان *
 * في دار الحكومة كلكتة *

